

DANIERRI ANTONIO DARTORA

O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE  
DA CRIANÇA

Monografia apresentada ao Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Eroulths Cortiano Junior

CURITIBA  
2008

Dedico este trabalho ao meu filho, que fez surgir em mim o interesse pelo tema.

A g r a d e ç o

A Deus pela oportunidade da vida.

Aos meus pais por me terem moldado como sou.

À minha esposa pelo carinho de anos e pela experiência da paternidade.

Assim, cabe perguntar: qual é no direito de família o direito humano fundamental de todos os outros? A resposta é uma só: é o próprio direito à família.

Sérgio Resende de Barros

## **RESUMO**

O direito da criança surgiu aos poucos no horizonte do mundo jurídico, iniciando seu maior florescimento a partir do início do séc. XX. Direitos e princípios próprios passaram a fazer parte do arsenal de proteção à infância, em reconhecimento à sua situação peculiar de ser humano em desenvolvimento. De ser ausente, passa a criança ao centro das preocupações sociais e jurídicas, posição adotada também em nosso país. Em função disso, criou-se um sistema especial de proteção, responsável por ações conjuntas e articuladas de proteção à infância. Uma de suas maiores preocupações deve ser a de garantir a criação da criança dentro de um ambiente e de uma estrutura de família, direito previsto em diversos diplomas. No entanto, a exemplo de qualquer outra situação que envolva menores, a convivência familiar deve adequar-se ao melhor interesse da criança, princípio fundamental de todo o sistema. Como com o nascimento da criança não nasce necessariamente um pai e uma mãe naturalmente aptos a desempenhar os encargos de sua criação, existe a necessidade de um cuidado especial com a decisão a respeito do destino das crianças retiradas de seus pais ou que se vêem envolvidas nos litígios paternos. A correta ponderação de seu melhor interesse face ao direito de convivência familiar sofre da carência de elementos objetivos de orientação. A articulação dos dois institutos, portanto, representa um grande desafio a ser enfrentado.

## **ABSTRACT**

Children's rights appeared slowly in the juridical world, starting a great blossom in the early 1900's. Exclusive rights and principles started making part of the children's protection repertoire, in recognition to their peculiar situation as developing human beings. Once an absent, the child becomes the center of social and juridical concerns, option made in our country also. For this reason, a special protection system was created, responsible for joint and articulate actions in order to protect childhood. One of their greatest worries is assuring the child's raising inside a familiar structure and ambient, which is a right prescribed in several legal texts. As in any other situation concerning minors, though, family living must comply with their best interests, primary principle of all this system. Since proper mothers and fathers aren't necessarily born with the child, extreme caution is required when deciding the future of children taken away from their fathers or who, for some reason, see themselves involved in parental litigation. Correct consideration of the best interests of the child in face of his family living right requires objective elements for orientation. Therefore, articulating these two institutes represents a major challenge to be faced.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2 SOBRE A CRIANÇA E A FAMÍLIA .....</b>	<b>10</b>
2.1 A FAMÍLIA NA PERSPECTIVA HISTÓRICA E SOCIAL .....	10
2.2 A FAMÍLIA BRASILEIRA .....	14
2.3 O TRATAMENTO DISPENSADO À CRIANÇA: DA EXCLUSÃO À PROTEÇÃO INTEGRAL .....	17
2.4 UM NECESSÁRIO SISTEMA ESPECIAL DE PROTEÇÃO .....	26
2.4.1 Justificativas para um sistema especializado: aspectos do desenvolvimento infantil .....	26
2.4.2 Apontamentos legais, componentes e considerações .....	29
<b>3. O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA .....</b>	<b>33</b>
3.1 ASPECTOS HISTÓRICOS .....	33
3.2 ASPECTOS CONCEITUAIS .....	37
3.3 LEGISLAÇÃO .....	39
<b>4. O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR .....</b>	<b>42</b>
4.1 FAMÍLIAS .....	44
4.2 OS MITOS ACERCA DA FAMÍLIA .....	46
4.3 O EXERCÍCIO DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR .....	49
4.3.1 Guarda e tutela .....	50
4.3.2 A adoção .....	51
4.3.3 Os abrigos infantis .....	53
<b>5 A TEORIA DO ENFRENTAMENTO .....</b>	<b>55</b>
5.1 APONTAMENTOS DOUTRINÁRIOS .....	56
5.1.1 Doutrina nacional .....	56
5.1.2 Doutrina americana .....	63
<b>6 A PRÁTICA DO ENFRENTAMENTO .....</b>	<b>66</b>
<b>7 CONCLUSÃO .....</b>	<b>75</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>80</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Antes relegada à qualidade de objeto, de propriedade dos pais, a criança foi conquistando paulatinamente lugar de destaque no cenário do mundo do Direito. De acessório, acabou por transformar-se em prioridade absoluta no horizonte das preocupações humanitárias e jurídicas.

Face à fragilidade inerente à sua condição de criança, que abrange aspectos físicos e emocionais, o Direito veio aos poucos construindo um corpo de direitos e princípios adequados à sua situação peculiar de ser humano em desenvolvimento. Dois exemplos são o princípio do melhor interesse da criança e o direito à convivência familiar, temas do presente trabalho.

O direito à convivência familiar é apontado em diplomas nacionais e internacionais. O mundo do Direito reconhece, com tais previsões, a importância da criação do menor junto a um ambiente familiar. Direito da criança para uns, dever do adulto para outros, a previsão reclama as duas facetas para sua efetiva concretização.

Não obstante o entendimento difuso de sua importância, um expressivo número de crianças se vê tolhido deste direito, por razões fortuitas ou deliberadas, porém sempre alheias à sua vontade. Esta é, aliás, a grande injustiça da situação, uma vez que é o inocente quem arca com o peso das falhas de comportamento dos adultos que o geraram.

O princípio do melhor interesse da criança, por sua vez, é preceito basilar que deve informar toda e qualquer decisão que envolva menores, seja qual for a sua natureza. Não obstante seu grau de destaque no cenário, permanece um ente altamente abstrato, carente de elementos concretos que o definam. Mencionado em documentos internacionais, não possui referência expressa no corpo legislativo nacional, apesar de perceptível na informação de todas as previsões do Estatuto da Criança e do Adolescente, por exemplo.

A leitura diária do noticiário nos choca com exemplos contundentes de atitudes paternas irresponsáveis que nos fazem questionar o real valor da manutenção de crianças junto a certas famílias. Se por um lado a sociedade tem gravadas em seu inconsciente idéias pré-concebidas de que a família é algo



sagrado, com a qual se deve interferir o menos possível, por outro a realidade nos prova, a cada dia, que as exceções são pródigas o suficiente para nos fazer questionar a validade de tais concepções.

Crianças retiradas de seus pais permanecem aos cuidados de sua família próxima ou do ente público, em abrigos. Nesse período, são realizadas diligências que para que se permita o retorno dessa criança ao lar como opção preferencial, segundo a orientação do ordenamento. Ocorre que muitas vezes, em nome desta concepção restritiva do direito da criança à convivência familiar, são feitas tentativas insistentes de restaurar uma ordem que, não raro, nunca existiu. Talvez por pensar que todo genitor carregue consigo, mesmo que em estado latente, um amor e um interesse naturais pela prole, situações numerosas ocorrem em que a criança é retornada aos braços dos pais unicamente para de lá terem de ser retiradas, às pressas, pouco tempo depois.

Há que se aferir com cuidado se, na tentativa de garantir o direito à convivência familiar da criança, não se está a violar o princípio básico de todo o sistema, o do melhor interesse da criança. Pela própria abstração e pelo amplo leque de possibilidades apresentadas pelos conceitos, aferir corretamente se esta ou aquela alternativa é a que atende ao seu melhor interesse em termos de convivência familiar é algo que manifesta uma dificuldade intrínseca digna de reflexão.

Para exposição do tema pretendemos, de início, apresentar um resgate de aspectos históricos e sociais da família e da criança, seguido de uma rápida consideração sobre a evolução de seus direitos, em termos gerais. Passar-se-á, então, à análise do tema do princípio do melhor interesse da criança e da convivência familiar separadamente para, logo após, realizar um cotejo entre os dois, trazendo idéias levantadas pela doutrina como pontos a serem observados para que a convivência familiar possa ser realmente informada pelo princípio do melhor interesse da criança. Para finalizar, verificaremos junto à jurisprudência, em pesquisa de âmbito restrito e de caráter exemplificativo, casos reais de enfrentamento do problema.

## 2 SOBRE A CRIANÇA E A FAMÍLIA

### 2.1 A FAMÍLIA NA PERSPECTIVA HISTÓRICA E SOCIAL

Cumprido de início situar o instituto em que se baseia o presente trabalho na sua perspectiva sociológica e histórica, ainda que de maneira simplificada.

É extremamente comum e incontroverso o entendimento de que a família é a base, a célula estrutural, da sociedade em que vivemos. Esse entendimento refletiu-se no texto Constitucional brasileiro, em seu art. 226. Não poderia ser de outra forma se pensarmos na fragilidade do homem enquanto animal, ser da natureza que, dentre os outros, é um dos mais frágeis, senão o mais frágil. Desta constatação resultam talvez as bases desta opção pela família como elemento onipresente no desenvolvimento histórico e social da humanidade. Assim, tomando as palavras do sociólogo argentino Felipe Fucito:

todas las sociedades actuales o que, habiendo existido, hayan dejado rastros de su organización social, reconocen ciertas estructuras de relaciones que se llaman de parentesco y que determinan a la familia como grupo social.<sup>1</sup>

A grande meta do Direito é a paz social. A busca desta estabilidade nas relações internas da sociedade é o motor das alterações no mundo jurídico. Não fosse a mutabilidade e a instabilidade dos interesses que residem em todo e qualquer ser humano haveria, talvez, a possibilidade de um direito geral, unificado e atemporal que a todos satisfizesse e que bem regulasse toda a dinâmica interna da sociedade. A constante revisão e atualização dos institutos jurídicos, porém, caminha na senda do avanço das concepções sociais e tecnológicas do momento histórico. E assim deve ser, pois só assim pode o direito realizar a pacificação das relações sociais a que se propõe.

A família, tomada como célula formadora do tecido social, serve de intermediária entre o indivíduo e a sociedade. Esta é, talvez, a razão de ter sido a família sempre, de alguma forma, objeto de preocupação do Direito, numa escala crescente que culminou com o atual nível de publicização de assuntos anteriormente

---

<sup>1</sup> FUCITO, Felipe. **Sociología General**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1999. p. 319.

fechados na armadura das relações privadas. A tomada de consciência de que uma família mal posta gera indivíduos desajustados que, por sua vez, trabalharão contra a estabilização das relações sociais e, portanto, em desfavor do Direito, gerou esta preocupação cada vez maior para com o que ocorre no íntimo dos núcleos familiares, antes redutos indevassáveis e proibidos ao poder público.

No seu caminho histórico, a família foi dotada de algumas formas específicas, explicadas por diversas teorias, todas envoltas em uma série de polêmicas. Considerando as possibilidades, verificam-se quatro situações de interesse que informaram a família em algum tempo: poligamia, matriarcado, patriarcado e monogamia.

A poligamia diz respeito a uma época em que homens e mulheres conviviam em um estado de anomia generalizada que os estudiosos denominam de “promiscuidade primitiva”. Aqui é possível imaginar médios ou grandes agrupamentos humanos em que homens e mulheres se relacionavam sexualmente de maneira indistinta, sem preocupações com tabus incestuosos ou coisas do gênero. Conclui-se que um tal ambiente pouco contribui para a manutenção da vida e a evolução da espécie em seu nível mais básico. Pode-se imaginar que a sobrevivência neste tipo de ambiente requeria uma dose muito grande de sorte, mais do que qualquer outra coisa.

A perniciosidade do quadro desenhado talvez tenha levado a um segundo estágio, o do matriarcado, onde se pode vislumbrar um reflexo de estrutura e hierarquia, ainda que bastante pálido. Friedrich Engels<sup>1</sup> nos oferece um panorama desta situação, nos levando a concluir consigo que o matriarcado deve ter sido o seguimento necessário ao estado de caos anômico no âmbito das relações interpessoais primitivas. Concluiu o autor que a endogamia tribal primitiva, não assentada em relações individuais, mas coletivas, gerou uma situação em que a mãe da criança era sempre conhecida, porém o pai não o era. Trazendo a criança sempre consigo, face à necessidade de cuidados alimentares e educacionais, era de se prever que tudo conspirasse para dar ao grupo familiar um caráter marcadamente

---

<sup>1</sup> ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997, p. 33.

matriarcal, vez que era a mãe quem assumia todas as responsabilidades e tornava viável a transformação da criança em adulto. Cabe dizer que esta “família” cumpria com seu papel básico de garantir a manutenção da vida incipiente, de garantir a sobrevivência da espécie, mediante cuidados de ordem alimentar e educacional prestados pela mãe. Daí seu caráter de proeminência.

Em algum momento o patriarcalismo suplantou o matriarcado. Família patriarcal, aqui, refere-se não à mera proeminência do pai no comando do núcleo familiar, mas ao seu sentido ampliado, como o de um grande grupo humano, composto por descendentes consangüíneos de um mesmo tronco patriarcal e demais agregados, todos sob o poder quase absoluto de um homem dominante. O exemplo natural vem da família romana, dirigida e prostrada ante a imagem imponente e poderosa do *pater famílias*. Neste estágio evolutivo, o problema básico da sobrevivência devia encontrar-se razoavelmente solucionado, restando espaço para preocupações outras que não o sustento puramente.

Nesta senda, impossível furtar-se à referência ao quadro pintado por Fustel de Coulanges na descrição da família romana. O autor afirma que o princípio mantenedor da união familiar antiga não era unicamente a geração, o afeto ou a força física, mas também, e principalmente, a religião do lar e dos antepassados, o que o faz concluir que tal família seria muito mais uma associação religiosa do que uma associação natural<sup>1</sup>. Talvez, concluir que o sentimento religioso suplantasse o instinto natural que leva o ser humano a agrupar-se em núcleos familiares (maiores ou menores) em prol da viabilização da vida seja um tanto discutível, porém é inegável a proeminência que aquele sentimento imprimiu na rotina familiar, bem como seu papel central na conformação desta. Importante é salientar que, a exemplo do matriarcado, é identificável um propósito que se pode atribuir à família: o de manter viva a tradição religiosa. A idéia geral é a de que a família existiria não como local privilegiado para a geração ou troca de afeto, mas em função da religião, como meio de continuação do culto aos deuses-lares.

A família monogâmica significou a redução da família a um núcleo básico composto por pai, mãe e sua descendência. Até o século XV, porém, não havia

---

<sup>1</sup> COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 44-45.

ainda o sentimento de família que nos é comum: o de um lugar de afeto e sensibilidade. Nas palavras de Philippe Ariès,

a vida no passado, até o século XVII, era vivida em público [uma vez que] a densidade social não deixava lugar para a família. Não que a família não existisse como realidade vivida: seria paradoxal contestá-la. Mas ela não existia como sentimento ou valor.<sup>1</sup>

Do século XV até o século XVIII o sentimento de família como valor iniciou seu paulatino desenvolvimento, inicialmente nas classes privilegiadas (e, portanto, sem as urgências de subsistência que a dureza da vida real impunha às grandes massas populacionais empobrecidas), estendendo-se logo após à consciência do povo em geral. A prática da convivência indistinta entre adultos e crianças foi aos poucos abandonada. Foi retomada a consciência de que a criança não tinha maturidade suficiente para ser considerada uma companheira do adulto. Faltava-lhe uma iniciação, uma passagem, sempre presente em sociedades antigas segundo estudos antropológicos, e esquecida no ocidente por volta da idade média.

A partir dessa tomada de consciência, inicia-se um processo de retirada da criança do mundo do adulto, passando esta a receber algum tipo de atenção diferenciada prestada, em especial, no âmbito da escola. Ainda, segundo Ariès, a radicalização desta preocupação com a infância e o abandono da vida pública de antes acabou por tornar a família uma sociedade fechada<sup>2</sup>, criando a sensação coletiva de que “família” era algo eminentemente privado e alheio aos interesses de quem não a compusesse. Segundo o autor, foi repassada aos pais a idéia de que eles eram os responsáveis perante Deus pela alma e corpos dos filhos, deixando paradoxalmente a família de ser uma instituição privada para mera transmissão de bens e nome, assumindo funções morais e espirituais, o que ensejou o nascimento de uma nova afetividade e um novo sentimento familiar.<sup>3</sup>

Em apertada síntese, resta a sensação de que a família é mais que um agrupamento natural, constituindo-se num elemento cultural decorrente de

---

<sup>1</sup> ARIÈS, Phillippe. **História social da criança e da família**. 2a ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1986. p. 273.

<sup>2</sup> Ibid., p. 27.

<sup>3</sup> Ibid., p. 277.

necessidades inerentemente humanas, uma vez que se amolda às características do espírito do tempo no qual se inscreve. Pode-se dizer que a fragilidade biológica da espécie humana traz a necessidade de conjunção de esforços que viabilizem sua manutenção, o que se dá na forma de cuidados dispensados aos recém chegados pelos que os antecederam. Em que pese o radical vínculo biológico que une genitores e prole, é a identificação afetiva que dá a tônica da tarefa de garantir o prosseguimento da espécie, não só numericamente, mas qualitativamente, apontando no sentido de evolução para uma sociedade justa, equilibrada e moralmente evoluída. Assim, proteger e garantir a família enquanto local privilegiado de trocas afetivas é garantir algo maior: a implementação de uma sociedade digna de ser chamada de humana.

## 2.2 A FAMÍLIA BRASILEIRA

A situação da antiga família era, em parte, vivenciada no nosso país. Em específico, esta “falta de sensibilidade” para com a situação especial da criança e essa desvinculação afetiva do grupo familiar era algo presente. Também aqui se vivenciava um grupo familiar de sentimentos amortecidos, em especial em relação às agruras da infância, como se pode depreender das palavras de Gilberto Freyre, quando diz:

A verdade é que perder um filho pequeno nunca foi para a família patriarcal a mesma dor profunda que para uma família de hoje. Viria outro. O anjo ia para o céu. Para junto de Nosso Senhor, insaciável em cercar-se de anjos. Ou então era mau-olhado. Causa-feita. Bruxedo. Feitiço. Contra o que só as figas, os dentes de jacaré, as rezas, os tesconjuros.<sup>1</sup>

Esta “insensibilidade” para com o infortúnio da perda de um filho devia-se, entre outras coisas, às altíssimas taxas de mortalidade infantil. Nesse cenário, a morte de um filho recém-nascido poderia ser considerada muito mais algo já esperado do que uma fatalidade. Era quase que a regra.

A família brasileira, tal qual pintada por Gilberto Freyre, se mostra de índole eminentemente patriarcal, com o pai, chefe de família, posicionado no centro

---

<sup>1</sup> FREYRE, Gilberto. **Casa-grande e senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal**. 25a. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1987. p. 366.

absoluto de toda a vida da casa-grande. A estrutura latifundiária, de cantões um tanto quanto isolados, permitia e exigia grandes grupos familiares. Eram necessários braços para trabalhar e administrar as gigantescas propriedades e seus agregados. Tem-se aqui um quadro composto de grandes famílias unidas e gravitantes em torno do patriarca, um verdadeiro *pater-famílias*, detentor de poder quase absoluto. Formava-se aí um microcosmo sócio-econômico centrado na figura do pai, gestor e provedor daquele agrupamento.

Orlando Gomes verifica a prevalência dessa realidade familiar na análise dos artigos do Código Civil de 1916, que deixam transparecer uma grande preocupação com a estabilidade familiar não pela sua dimensão afetiva, mas pela necessidade de conservação do patrimônio e mesmo do poder, uma vez que a própria política estava ligada às famílias proprietárias de latifúndios<sup>1</sup>.

Este quadro, no entanto, revela uma verdade parcial. Esta era a imagem da família tradicional do norte e nordeste do Brasil. Mais ao sul o quadro familiar alterava-se substancialmente. Não havia na região a tal predominância do patriarcado. O que se apresentava era uma família concentrada (grupos pequenos), fruto do fracionamento familiar derivado dos latifúndios substancialmente menores e da vida mais cosmopolita. Tais são as conclusões de Rui Geraldo Camargo Viana<sup>2</sup>, que cita dados do recenseamento paulista de 1836, reveladores de uma sociedade de famílias pequenas (2 a 4 componentes) e na qual 74% das famílias eram formadas sem vínculo matrimonial (quase-exclusividade da elite branca que podia bancar o processo). Sobre o matriarcado sulista, diz o autor:

Era o que ocorria em São Paulo com o bandeirismo, pois a mulher era quem assumia a chefia do lar quando das expedições do marido, não sendo aquela mulher passiva que ficava no lar bordando, cozinhando e cuidando das mucamas.<sup>3</sup>

Essa assumir de funções cada vez mais relevantes por parte da mulher, aliado ao desenvolvimento do ambiente intelectual e tecnológico da sociedade, com

<sup>1</sup> GOMES, Orlando. **Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 15-18.

<sup>2</sup> VIANA, Rui Geraldo Camargo. **Evolução histórica da família brasileira**. In: PEREIRA, Ricardo da Cunha (Coord.). **Direito de família: a família na travessia do milênio**. Belo Horizonte: IBDFAM, 1999. p. 325-329.

<sup>3</sup> VIANA, op. cit, p. 330.

o abandono, ou ao menos a mitigação, de um conjunto poderoso de preconceitos relacionados ao papel do homem e da mulher na sociedade, acabou por gerar uma situação fragilização dos contornos antes bem definidos do grupo e papel familiares. Essa flexibilização de papéis, a revolução sexual, a fertilização “in vitro”, tudo colaborou para que chegássemos hoje a uma situação em que não há mais um molde ao qual deva se ajustar o grupo familiar para ser considerado como tal.

Essa situação de pluralidade de formas vem corroborar a tese de que a família não é um agrupamento natural (ou ao menos não se resume a isso). Muito mais, trata-se de um agrupamento cultural, com papéis a serem desempenhados pelos seus integrantes, porém sem cadeiras numeradas. Não cabe ao pai somente o sustento e a chefia, mas a entrega de afeto. Não cabe à mãe somente manter um local de moradia aprazível à espera do retorno ao lar do macho provedor, mas também colaborar com as despesas e decisões da casa. Não cabe ao filho unicamente o papel de ser inexpressivo, com um único direito-dever, o de obediência. Inúmeros são os exemplos de grupos chefiados por mulheres que sustentam a casa enquanto o marido cuida dos afazeres da casa. Em muitos lares, a chefia é exercida por um dos filhos, assim que atinge condições para tanto. Outros tantos grupos familiares não possuem por base um casal, mas são formadas por comunidades de irmãos.

Encontramos facilmente indivíduos felizes e bem formados em grupos que fugiram à concepção tradicional de núcleo familiar monogâmico (pai, mãe e filhos). A feliz conclusão é a de que a família, hoje, não deve nem pode ser vista como um ente indissociável de seu formato clássico ou de seu componente biológico, mas pode ser tomada como grupamento cultural onde indivíduos se unem por laços de afeto, com divisão de tarefas e papéis a serem representados, em prol do bem-estar psicológico, físico e afetivo. Muito importante é a noção de estrutura, de sistema, que a família passa à criança. Essa sensação de que há alguém a quem se deve responder, de que este alguém está ali para ajudá-lo e garanti-lo, de que cada um fazendo sua parte contribui para algo maior, tudo isso desempenha um papel fundamental no amadurecimento do ser humano, gerando bons adultos, que gerarão bons filhos, resultando numa sociedade de valores aprimorados.



Proteger esse espaço de desenvolvimento sadio deve ser interesse maior do Estado, uma vez que os seus bons frutos repercutem diretamente na sociedade. Sua deterioração, por outro lado, redundaria em deterioração de índices sociais. A flexibilização do conceito de família trabalha a favor desta proteção.

### 2.3 O TRATAMENTO DISPENSADO À CRIANÇA: DA EXCLUSÃO À PROTEÇÃO INTEGRAL

Em que pese sua natural e visível fragilidade congênita, a criança não foi desde sempre alvo de interesse particularizado, nem na esfera privada nem na pública. Uma criança era, antes de tudo, um objeto familiar, um tipo de pertence dos pais. Se hoje em dia, com todo o desenvolvimento da legislação protetiva da infância em nível mundial, com a presença de inúmeras entidades públicas e privadas de apoio e defesa das crianças, o cotidiano ainda nos choca com casos absurdos de violência e negligência, podemos fazer uma idéia do modo e da intensidade com que isso ocorreu em tempos passados, em que não se dispunha nem dos meios nem do debate que hoje se trava em torno do assunto. Se hoje em dia uma criança abandonada ou maltratada acaba nas páginas de um jornal, pouco tempo atrás isso não ocorria.

A verdade é que a criança era algo fora da preocupação pública e estatal. Questões desse naipe eram discutidas unicamente no recôndito dos lares. Essa idéia se reforça e se alimenta do mito da perfeição familiar, um certo consenso de que pais e mães são dotados de um tipo de “clarividência” que nasce junto com a paternidade e que lhes permite determinar sem vacilo o que melhor se ajusta aos próprios filhos.

Num viés histórico, partimos de um total desinteresse pela figura da criança para uma fase de investidas incipientes no sentido de tratar de um problema que se avolumava aos olhos e constrangia a moral: as crianças desassistidas. No Brasil, Neuza Mafra, da Pastoral do Menor, escreve que

Os séculos XVI, XVII e XVIII, ao registrarem o período da assistência e do atendimento, registram igualmente a orfandade, a exploração, a escravidão e a exposição de crianças que eram enjeitadas e abandonadas nas ruas em locais públicos. Nesse período, as ações assistenciais eram de cunho caritativo, asilar e executadas por diferentes ordens religiosas que atuavam no Brasil. As crianças não constituíam uma preocupação de ordem política, o Estado era omissor e a assistência pública inexistente.<sup>1</sup>

Havia, pois, um quadro que não diferia muito do que se via no resto do mundo. As (poucas) iniciativas eram de índole privada e de caráter assistencial. Se de um lado não davam conta do volume de público a atender, de outro, sua ação não passava de mero aplique de panos quentes sobre a situação, abrandando-a em face do descaso do poder público.

O *common law* contribuiu para dar um início à conformação atual da proteção jurídica da criança através do instituto do *parens patriae*. Tânia da Silva Pereira localiza sua origem no século XIII<sup>2</sup>. A autoridade pública, chamando para si esta prerrogativa, adquiria legitimidade para agir em nome do povo, na defesa de seus interesses e do interesse público. Com o tempo, esta prerrogativa passou a ser aplicada com maior relevância na defesa de todos aqueles que não possuíam condições de agir por si. Nesses casos (em especial o das crianças, o dos severamente enfermos e dos mentalmente deficientes) surge a legitimidade de ação do Estado, como *parens patriae*, para defender os interesses destas pessoas. Como doutrina jurídica ela persiste até hoje, em especial nos Estados Unidos, onde é utilizada corriqueiramente nos casos que envolvem o melhor interesse da criança, invariavelmente invocada em questões de custódia de filhos, colocação de menores em famílias substitutas e mesmo em casos de “destituição” do poder parental<sup>3</sup>. É ela que legitima a intervenção estatal nos domínios da família, bem como fundamenta o direito de ação dos representantes do Estado em defesa dos que não têm condições de agir por si.

<sup>1</sup> MAFRA, Neuza. **Criança e Adolescente**. In RECH, D. et al. (Coord.). **Relatório Periódico sobre Direitos Humanos no Brasil 2**. Ano 2, n. 2. Rio de Janeiro: CERIS/Mauad X, 2007. p. 368.

<sup>2</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. **O Direito de Família e os Desafios do Novo Código Civil**. Disponível em <<http://www.mp.sp.gov.br/pls/portal/url/ITEM/10B61682A9D5065DE040A8C02701785E>>. Acesso em 12 de jan. de 2008.

<sup>3</sup> LAW LIBRARY – AMERICAN LAW AND LEGAL INFORMATION. **Parens Patriae**. Disponível em <<http://law.jrank.org/pages/9014/Parens-Patriae.html>>. Acesso em 10/04/2008.

Toda a construção iluminista acerca dos direitos humanos serviu, de certa forma, para amenizar o descaso dispensado à infância. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão consubstanciou essa veia teórica na forma de direitos fundamentais inerentes ao ser humano. A criança, tomada por um adulto em miniatura, beneficiou-se em alguma medida dessa formulação. Não havia ainda, no entanto, a consciência de que se tratava de um ser especial, com necessidades específicas. Conceitos aplicavam-se indistintamente a adultos e crianças.

O século XX marca o florescer da tomada de consciência mundial da situação específica da infância. Nesse ponto, merece citação a Constituição de Weimar, de 1919. Sobre ela, escreve Neuza Mafra que

no que respeita à infância e juventude, a constituição de Weimar considerava que a educação da prole para o desenvolvimento corporal, espiritual e social era o dever supremo e um 'direito natural dos pais' (art. 120), deixando evidenciado que a criança e o adolescente faziam parte integrante do complexo familiar e como tal gozavam de proteção do Estado<sup>1</sup>

Importante notar que a Constituição de Weimar, ao mesmo tempo em que inseria a criança e o adolescente entre o rol das preocupações estatais e lhe atribuía lugar de certo destaque no conjunto familiar, atrelava-se ainda à idéia de um “direito natural” dos pais, o que lhes confere uma aura de intangibilidade externa, de recanto indevassável do agir privado. Em outras palavras, dizia que a educação e o cuidado da criança eram algo de extrema gravidade, porém totalmente entregues ao alvitre paterno e materno.

Algo interessante ocorre em 1923, quando a International Union for Child Welfare (uma entidade não-governamental) reúne em documento alguns princípios reitores de um “Direito da Criança”. A Liga das Nações então os incorpora e expressa logo no ano seguinte, em 1924, na primeira Declaração dos Direitos da Criança, em 5 itens quase singelos, mas de significação marcante, que transcrevemos no original:

1. The child must be given the means requisite for its normal development, both materially and spiritually; 2. The child that is hungry must be fed; the child that is sick must be nursed; the child that is backward must be helped; the delinquent child must be reclaimed; and the orphan and the waif must be sheltered and succored; 3. The child must be the first to receive relief in times of distress; 4. The child must be put in a position to earn a livelihood,

---

<sup>1</sup> MAFRA, op. cit., p. 202.

and must be protected against every form of exploitation; 5. The child must be brought up in the consciousness that its talents must be devoted to the service of fellow men.<sup>1</sup>

Tais previsões ilustram um tratamento idealizado, que serve ainda hoje de indicativo simples e eficaz na busca pelo tratamento privilegiado das crianças. Ao dizer que o faminto deve ser alimentado, o doente deve ser tratado, o órfão deve ser abrigado, etc., não está a declaração a dizer nada de novo, mas está como que a lembrar e cobrar dos responsáveis que se atenham e se empenhem em garantir o mínimo que se espera de pais e organismos estatais comprometidos com o desenvolvimento do ser humano em sua plena potencialidade. É uma chamada à responsabilidade.

À mesma época, em nosso país, surgia o Código de Menores de 1927, conhecido como “Código Mello Mattos” em homenagem autor do projeto que serviu de base ao código, primeiro Juiz de Menores do Rio de Janeiro. Ao procurar tratar do problema da infância, tomava, numa mesma concepção, menores delinqüentes e abandonados. O Código era destinado às crianças em “situação irregular” (em atenção à doutrina de mesmo nome, que o informava), assim definidas as que se encontrassem em conflito com a lei (delinqüentes), as enfermas e as abandonadas pelos pais ou naturalmente órfãs. Amaral e Silva escreve que essa doutrina e, portanto, a legislação nacional

confunde na mesma situação irregular abandonados, maltratados, vítimas e infratores. Causa perplexidade que se considerasse em situação irregular o menino abandonado ou maltratado pelo pai, ou aquele privado de saúde ou da educação por incúria do Estado.<sup>2</sup>

Esta concepção truncada perdurou até o advento do Estatuto da Criança e do adolescente. Tânia da Silva Pereira<sup>3</sup>, no entanto, mitiga as constantes críticas direcionadas ao código, chamando atenção para o fato de que este representou um

---

<sup>1</sup> UN DOCUMENTS COOPERATION CIRCLES. **Geneva Declaration of the Rights of the Child of 1924**. Disponível em <<http://www.un-documents.net/gdrc1924.htm>>. Acesso em 17/04/2008.

<sup>2</sup> AMARAL E SILVA, Antonio Fernando. Comentários do debatedor. in SIMONETTI, C. et alii (orgs.). Seminário latino-americano do avesso ao direito. São Paulo: UNICEF, 1994, p. 37 apud VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1999, p. 100.

<sup>3</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. Infância e adolescência: uma visão histórica de sua proteção social e jurídica no Brasil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direitos de família e do menor: inovações e tendências – doutrina e jurisprudência**. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 309-310.

avanço para a época, servindo de abertura para uma visão legislativa sobre o problema da criança e do adolescente em todos os seus aspectos, constituindo um precursor de toda a legislação brasileira sobre o assunto. A título de exemplo, cita o fato de o código determinar que se leve em consideração, na análise dos casos, o estado físico, moral e mental da criança, assim como a situação social, moral e econômica dos pais.

Após a segunda Guerra Mundial surge o UNICEF, com o objetivo de atender a infância vítima da guerra. Passada a fase emergencial, decide-se manter o UNICEF como instituição permanente vinculada à ONU, com o objetivo de desenvolver um trabalho de apoio à infância de longo prazo.

Após a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia da ONU em 1948, surge a Declaração Universal dos Direitos da Criança. Aprovada em 1959, veiculou a paradigmática eleição da criança como digna de prioridade absoluta, alçando-a ao status de, oficialmente, sujeito de direitos. E aqui devemos prestar atenção na consolidação de algo que veio se firmando aos poucos: a necessidade de uma declaração de direitos específicos da criança, calcados na concepção de que ela é um ser humano específico, não um adulto em miniatura, com necessidades e carências próprias e dignas de atenção.

É bem verdade que a construção dos direitos fundamentais e dos direitos humanos serviu em parte para beneficiar a infância. Tome-se, por exemplo, o disposto no item 2 do art. XXV da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que prevê que “a maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especial” e que “todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social”.

Tais cuidados, em tese, poderiam consistir em mera reprodução ou intensificação dos cuidados dispensados ao ser humano em geral. No entanto, isso não é suficiente, pois, como argumenta José Afonso da Silva, os direitos humanos da criança são uma dimensão dos direitos humanos<sup>1</sup>, ou seja, remetem a algo específico, um âmbito próprio dentro do universo dos direitos humanos.

---

<sup>1</sup> SILVA, José Afonso da. Direitos humanos da criança. **Revista Igualdade**. Curitiba, vol. 10, n. 37, p.8, out./dez. 2002.

A Declaração foi fundamental ao trazer, por exemplo, já no seu Princípio I, uma verdadeira cláusula universal de isonomia infantil ao declarar todas as crianças do planeta dignas de outorga dos direitos nela elencados, sem restrições ou diferenciações de qualquer ordem<sup>1</sup>. Seu Princípio II traz outras três previsões muitíssimo importantes, quais sejam: a) a reafirmação da necessidade e conveniência não de simples proteção à infância, mas sim de proteção especial, b) a menção a um “interesse superior da criança” a ser respeitado no momento da atividade legislativa de suporte à proteção especial a que faz jus a infância e c) a contemplação da doutrina da “proteção integral”<sup>2</sup>. A “proteção integral” abrangeria, minimamente, as dimensões física, mental, moral, espiritual e social do desenvolvimento infantil. Quanto ao “interesse superior da criança”, este posteriormente extrapolaria o mero momento legislativo para ser baliza inescapável de toda e qualquer situação decisória que envolva a criança e o adolescente. É um início de positivação do princípio do melhor interesse da criança.

Enquanto no mundo vinha à luz a referida Declaração, com todo seu potencial transformador, o Brasil tratava de reformar o seu Código de Menores. Enquanto a Declaração adotava a “doutrina da proteção integral” (nos termos do seu já citado Princípio II), a reforma de 1979, insistia na confusão entre menores abandonados e menores delinqüentes, optando por pautar-se pela doutrina da “situação irregular”, com a qual o país convivia desde o Código Mello de Mattos. Para Tânia da Silva Pereira a lei tratava meramente do conflito instalado,

---

<sup>1</sup> O Princípio I da Declaração Universal dos Direitos da Criança diz que “a criança desfrutará de todos os direitos enunciados nesta Declaração . Estes direitos serão outorgados a todas as crianças, sem qualquer exceção, distinção ou discriminação por motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de outra natureza, nacionalidade ou origem social, posição econômica, nascimento ou outra condição, seja inerente à própria criança ou à sua família”.

<sup>2</sup> O Princípio II da Declaração Universal dos Direitos da Criança diz que “A criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidade e serviços, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade . Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança”.

negligenciando a prevenção, uma vez que seu fim era ser meio de controle social da infância<sup>1</sup>.

O ponto principal aqui é o surgimento e a consagração, com status de acordo entre nações, da doutrina da proteção integral como paradigma a ser adotado no manejo dos assuntos relacionados à infância. De maneira sucinta, Antônio Chaves explica que proteção integral significa

amparo completo, não só da criança e do adolescente, sob o ponto de vista material e espiritual, como também a sua salvaguarda desde o momento da concepção, zelando pela assistência à saúde e bem-estar da gestante e da família, natural ou substituta da qual irá fazer parte<sup>2</sup>.

Como se depreende de suas palavras, a proteção integral extravasa o âmbito da criança. Ela atinge o seu entorno, trazendo ao centro de preocupações mais que a sua integridade física e moral, mas a de sua família. Proteger integralmente a criança implica proteger o contexto em que se insere. A razão para isso está no fato de que seria ingenuidade crer que o Estado seria capaz de, por si só, ou por mero ato legislativo, administrativo ou mesmo jurisdicional, prover e garantir a incolumidade da criança. Tanto isso não é possível que a legislação e as ações do Estado aí estão há algumas boas décadas e, no entanto, basta-nos um breve passeio pelo noticiário do dia para nos depararmos com o mundo-cão da infância entregue a pais despreparados, à miséria, à falta de apoio material e moral e ao descontrole psicológico. O Estado não dispõe de uma onipresença que lhe permita fazer valer a lei protetiva da infância no dia-a-dia da sociedade. Somente o responsável pela criança detém em suas mãos o poder de implementar, na prática, a coletânea de boas-intenções veiculadas nos estatutos e declarações. Promover a família, combatendo a miséria e retirando do cotidiano da criança a rotina de violência, promiscuidade e perniciosidade em que se insere seu grupo familiar é, verdadeiramente, protegê-la de forma integral.

Atenta a essa realidade, a Constituição Federal de 1988 adiantou-se à Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989, ao mesmo tempo

---

<sup>1</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. Infância e adolescência: uma visão histórica de sua proteção social e jurídica no Brasil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direitos de família e do menor: inovações e tendências – doutrina e jurisprudência**. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 312.

<sup>2</sup> CHAVES, Antônio. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 2a ed. São Paulo: LTR, 1997. p. 51.

em que repetiu o que já há algum tempo vinha sendo preconizado nas Declarações Internacionais que trataram do assunto. O artigo 227 da CF deu peso normativo a previsões e garantias já presentes nas citadas declarações, e que viriam a se confirmar com um grande detalhamento na convenção do ano seguinte. O art. 227 e seus parágrafos e incisos solidificam princípios da maior importância, mostrando o alinhamento do país com a preocupação mundial com a infância, ao menos no campo retórico-legislativo. Seu *caput* expressa a opção pela doutrina da proteção integral, abandonando de vez a ultrapassada doutrina da situação irregular. Para sua implementação, chama à responsabilidade país, Estado e sociedade. Seu parágrafo 3º é extremamente relevante por enunciar um rol mínimo de direitos componentes de um direito maior a uma “proteção especial” a ser garantida. Dentro desse rol, verificamos outra expressão-chave no trato do tema dos direitos da criança e do adolescente, que é a sua consideração como ser humano em “condição peculiar de pessoa em desenvolvimento”, de onde se pode concluir que seja destinatária obrigatória de direitos específicos. Por fim, seu parágrafo 6º segue na linha da anteriormente mencionada “cláusula de isonomia infantil” ao abolir qualquer tipo de discriminação entre crianças tidas na constância ou não do casamento, pondo fim a uma era de discriminação legalizada.

No ano de 1989 a Assembléia Geral da ONU adotou a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. O Brasil a ratificou um ano depois, por meio do Decreto 99.710, em novembro de 1990. Amplamente baseada nas declarações anteriores (Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Declaração Universal dos Direitos da Criança), veio à tona com o objetivo de efetivar e concretizar a proteção especial nelas enunciada. Marco na história dos direitos da criança, a Convenção contempla um amplo detalhamento de uma série de questões atinentes à infância. Deste detalhamento de questões pertinentes pode-se tirar um rol, sempre exemplificativo, do conteúdo da doutrina da proteção integral. Dentre outros, contempla questões acerca de seu direito à vida e ao desenvolvimento, à nacionalidade e à filiação, à não-discriminação por motivos raciais, sociais, sexuais, à vida familiar, à locomoção, à manifestação em juízo e a um procedimento judiciário especial, fundado no devido processo legal, no contraditório e na ampla defesa, às liberdades de expressão, pensamento e associação, à religião, ao lazer e à educação. Também, determina ser obrigação dos Estados Partes a proteção da



criança contra as drogas, o tráfico ilícito de crianças e todas as formas de exploração, sejam elas econômicas, trabalhistas ou sexuais.

Desde seu preâmbulo, a Convenção expressou o reconhecimento de duas situações muito importantes. Em primeiro lugar, faz uma vinculação direta do bom desenvolvimento da personalidade da criança ao crescimento em um ambiente familiar<sup>1</sup>. Em segundo, admite explicitamente que há, mundo a fora, crianças que vivem uma rotina diária de violação e desrespeito, e que estes devem ser destinatários de especial consideração<sup>2</sup>.

O artigo 4º da Convenção chama à responsabilidade os Estados, atribuindo-lhes a tarefa de adotar medidas de cunho administrativo e legislativo, dentre outras, que viabilizem a implementação dos direitos que ela reconhece<sup>3</sup>. O Brasil, embora tendo ratificado esta Convenção apenas em setembro de 1990, iniciou sua ação legislativa antes (a exemplo do ocorrido com o art. 227 da CF), sendo que em 13 de julho de 1990 veio à tona o Estatuto da Criança e do Adolescente. Sua premissa básica, na redação do seu art. 1º, é justamente implementar a doutrina da proteção integral veiculada na Constituição Federal de 1988 e na Convenção de 1989, sepultando de vez a doutrina da situação irregular em nosso país, com a devida revogação do Código de Menores e toda legislação com ele incompatível. O giro conceitual é fantástico porque deixa de lado o paternalismo e o assistencialismo que marcaram todas as construções legislativas e administrativas anteriores (uma espécie de fase tutelar) para vislumbrar uma concepção garantista de legislação e medidas administrativas. No momento em que a criança é sujeito de direitos especiais, cabe ao Estado (ainda que não somente a ele) garantir estes direitos.

---

<sup>1</sup> Diz o preâmbulo, no original, que “... *the child, for the full and harmonious development of his or her personality, should grow up in a family environment, in an atmosphere of happiness, love and understanding*”.

<sup>2</sup> Também no original: “... *in all countries in the world, there are children living in exceptionally difficult conditions, and that such children need special consideration*”.

<sup>3</sup> Diz o Princípio 4 da Convenção, ainda no original: “*States Parties shall undertake all appropriate legislative, administrative, and other measures for the implementation of the rights recognized in the present Convention. With regard to economic, social and cultural rights, States Parties shall undertake such measures to the maximum extent of their available resources and, where needed, within the framework of international cooperation*”.

## 2.4 UM NECESSÁRIO SISTEMA ESPECIAL DE PROTEÇÃO

Dentro deste contexto, faz sentido dizer que direitos especiais reclamam preocupação especial por parte do Poder Público. Direitos especiais requerem uma maneira especial de se fazerem observar. Faz-se necessário o emprego de um sistema que o viabilize, um conjunto de engrenagens trabalhando em conjunto a fim de, somando esforços, multiplicar os resultados. Faz-se necessário um sistema de proteção especial à infância.

### 2.4.1 Justificativas para um sistema especializado: aspectos do desenvolvimento infantil

Antonio Chaves ressalta que uma das características mais relevantes das leis que tratam da proteção à infância é o reconhecimento de que nem o Poder Público nem a lei tem, por si só, condições de dar conta do problema<sup>1</sup>. Neste aspecto, muito bem constata e, de certa forma explica, Daniel Hugo D'antonio ao afirmar que

la protección jurídica al menor de edad es sólo um aspecto del vasto y complejo campo vinculado a la protección integral de la minoridad, la que LANDÓ conceptuó como uma actividad comunitaria que tiene por objeto la incorporación del menor al medio social em que há de tocarle actuar como um fator positivo de su desenvolvimiento, encontrando por la formación recibida de la posibilidad de alcanzar su perfeccionamento espiritual y el progreso de su situación material.<sup>2</sup>

A necessidade de ação conjunta se justifica pelo vulto e complexidade da tarefa. A proteção especial que resulta desse agir tem sua justificativa nos vários aspectos do desenvolvimento infantil, sem nunca perder de vista que há um objetivo duplo em garantir uma infância decente. Em primeiro, há que se respeitar a criança enquanto ser humano, como indivíduo em condição especial. Trata-se de respeitar sua individualidade, de garantir a dignidade de sua existência pelo simples fato de

---

<sup>1</sup> CHAVES, Antônio. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 2a ed. São Paulo: LTR, 1997. p. 58.

<sup>2</sup> D'ANTONIO, Daniel Hugo. **Derecho de menores**. 4. ed. atual. e aum. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994. p. 7.

ser pessoa humana. Em segundo, mas não menos importante, há o interesse social de que aquela criança se torne um adulto responsável e bem formado, um componente bem alinhado e consciente de seu papel na comunidade.

Por lidar com aspectos de formação psicológica a tarefa é ao mesmo tempo monumental e delicada, melhor manejada pela utilização de um complexo de ferramentas, leis, organismos e instituições que se espriam pelos campos jurídico, psicológico, social e educacional em contato e interação permanentes, de forma a somar esforços, multiplicar resultados e exercer ampla fiscalização de uns sobre os outros.

Com relação à criança em seus anos iniciais, Enrico Altavilla nos ensina que, ao deixar o ventre, a criança possui uma vida psíquica reduzida simplesmente à sensação, traduzida em reflexos<sup>1</sup>. Continua Altavilla, dizendo que, mesmo obtido o dinamismo psíquico do ser humano, continua a criança um ser inadaptado e inferior às necessidades do ambiente por faltar-lhe a única coisa que pode adaptá-lo a este ambiente: a experiência pessoal. Sobre sua frágil constituição, diz que

nunca, porém, deve esquecer-se, para exacta explicação do fenómeno, que a criança tem uma extraordinária emotividade: experimentem narrar-lhe a história mais simples e vê-la-ão chorar de dor, tremer de medo, rir convulsivamente de alegria.<sup>2</sup>

E nos transmite uma última e importante constatação, a de que

as crianças são, além disso, boas observadoras do que se passa no seu ambiente familiar. A casa é seu reino: é o conjunto das percepções que, repetindo-se continuamente, se lhe gravaram profundamente no cérebro.<sup>3</sup>

Fácil perceber a importância da convivência familiar nesse contexto, uma vez que a experiência pessoal, bem como as sensações de medo, alegria e dor que uma criança possa vivenciar em seus anos de formação da personalidade têm sua fonte imediata naqueles que o cercam e que por ela devem zelar. É uma boa medida do grau de responsabilidade atribuído à família que recebe uma criança em seu seio. Pesquisas mostram que as conseqüências da incapacidade da família em prover à criança uma real e saudável convivência familiar ultrapassam o nível da

---

<sup>1</sup> ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia judiciária**. Coimbra: A. Amaro, 1981-1982 v. 2. p.58.

<sup>2</sup> Ibid., p. 62.

<sup>3</sup> Ibid., p. 82.

desordem psíquica, sendo observáveis alterações físicas de funcionamento cerebral. Geraldo José Ballone, citando estudo norte-americano, diz que

outro ponto relevante é que as alterações conseqüentes da Negligência Precoce não costumam ser apenas psicológicas. Harry Chugani, neurologista do Children`s Hospital de Michigan, comparando tomografias funcionais (SPECT) do cérebro de oito crianças (romenas) aparentemente saudáveis e adotadas por norte-americanos, com tomografias funcionais de um grupo de crianças educadas em circunstâncias normais, notou que, aparentemente, as oito crianças apresentam evidências de metabolismo anormal numa área específica do lobo temporal do cérebro. Os cientistas acreditam que esta área do lobo temporal cerebral estaria envolvida no funcionamento social. Chugani acha que essas alterações podem representar alguma coisa relacionada à Negligência Precoce, a uma falta de interação entre mãe e filho durante uma fase crítica do desenvolvimento infantil.<sup>1</sup>

A formação da personalidade da criança deve ser priorizada e salvaguardada com esforço e preocupação especiais pelo fato de que a formação da personalidade antecede o gozo dos próprios direitos da personalidade. Não há como se falar em direitos de personalidade na ausência de seu núcleo fundamental, a própria personalidade. Reside na construção desta base, deste suporte jurídico de direitos, o inestimável valor que se atribui aos cuidados dedicados aos anos iniciais da vida do ser humano. Esta é a opinião de Martha Toledo de Machado, quando diz que “não há direitos da personalidade em sua plenitude sem a preexistência da personalidade humana formada como tal” e, desenvolvendo as idéias de Rosa Nery e Luiz David de Araújo, que “esse direito, ou interesse, peculiar de crianças e adolescentes de formar, de desenvolver, sua personalidade humana adulta faz parte dos chamados direitos da personalidade, na sua acepção estrita.”<sup>2</sup>

A família, nesse contexto de garantidora da formação da personalidade do ser humano em desenvolvimento, escapa do âmbito das ações de interesse meramente privado, uma vez que a tutela da personalidade não cabe em classificações fechadas de público e privado. Nesse sentido, Gustavo Tepedino diz que

Os grupos sociais, como a família, os sindicatos, a universidade, a empresa, as associações filantrópicas ou mesmo religiosas, todas elas, igualmente,

<sup>1</sup> BALLONE, Geraldo José. **Crianças adotadas e de orfanato**. Disponível em <<http://virtualpsy.locaweb.com.br/index.php?art=52&sec=19>>. Acesso em 16 mai 2008.

<sup>2</sup> MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 109-110.

embora protegidas constitucionalmente, devem ter o seu regulamento interno adequado ao pleno desenvolvimento da personalidade humana.<sup>1</sup>

Da equiparação do direito de formação da personalidade a um direito de personalidade pode-se tirar uma série de conclusões acerca de sua natureza e tutela. Como tal, sua tutela não deve sofrer nenhum tipo de limitação que não seja por força de garantia de outros direitos da personalidade ou do princípio da dignidade da pessoa humana, prevista no texto constitucional como fundamento da República.

#### 2.4.2 Apontamentos legais, componentes e considerações

A doutrina da proteção integral inspirou a Constituição Federal de 1988 na implementação, ao menos na esfera legislativa, de um sistema especial de proteção à criança. O parágrafo 3º do art. 227 é sua expressão maior. As previsões aqui tratam de resguardar aspectos que vão desde o trabalho do menor, passando pela situação do menor infrator e chegando ao tema do abrigamento de crianças fora do poder-parental.

Não se resume a esses dispositivos, nem poderia, a proteção especial outorgada à criança pela Constituição. Martha de Toledo Machado identifica, ainda no âmbito constitucional, o seguinte:

Temos, pois, que a Constituição de 1988 criou um sistema especial de proteção aos direitos fundamentais das crianças e adolescentes. Esse sistema especial vem nitidamente inspirado na chamada Doutrina da Proteção Integral [...] e ele se cristaliza na Constituição Federal especialmente nos artigos 227 e 228, mas também nas disposições contidas nos artigos 226, caput e §§ 3º, 4º, 5º e 8º e 229, primeira parte.<sup>2</sup>

A Constituição, então, preocupou-se em apontar especificamente elementos de proteção ao grupo familiar, a atribuir responsabilidade à família, à sociedade e ao Estado e a repisar a questão da inimputabilidade penal dos menores, todos como componentes da proteção especial a ser deferida à criança.

---

<sup>1</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 50.

<sup>2</sup> MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003. p. 108.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, na sua missão de implantar a doutrina da proteção integral, foi além no nível de detalhamento. Trata de introduzir no ordenamento pátrio todo um sistema de proteção à criança, envolvendo uma gama extensa de garantias que objetiva valorizar a criança e respeitá-la enquanto pessoas em peculiar condição de seres humanos em desenvolvimento.

De maneira articulada, prevê o ECA responsabilidades específicas para o Estado (União, Estados e Municípios), a sociedade e a família. Os direitos ali previstos são subordinantes das instituições sociais e estatais. Ao mesmo tempo em que são chamados a prover a infância, o ECA lhes atribui funções de garantia contra aqueles que possam violar a proteção especial outorgada constitucionalmente, curiosamente os mesmos que devem provê-la: Estado, família e sociedade. A atribuição destas responsabilidades recíprocas cria uma rede, uma tela protetiva de ações executivas e fiscalizatórias de uns sobre os outros.

Diz o art. 86 do ECA que “a política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios”. A concreção de suas previsões, portanto, deve ser obra de entes públicos e privados inseridos na tríade Estado-sociedade-família. São eles os executores da doutrina da proteção integral, dentre os quais se pode citar os Conselhos Tutelares, as varas da infância, o Ministério Público, além de instituições educacionais públicas e privadas, abrigos de órfãos e demais crianças fora do poder parental, bem como associações de proteção e apoio à saúde.

Um exemplo desta ação articulada entre os entes responsáveis é o capítulo IV do ECA. O art. 53 assegura o direito da criança e do adolescente à educação. O art. 54 inc. I atribui essa responsabilidade primariamente ao Estado, responsabilizando a autoridade competente pela não oferta de ensino obrigatório. O direito da criança ao estudo é acompanhado do dever dos pais em matricular os filhos na rede regular de ensino. A escola, ao receber a matrícula, torna-se responsável por acompanhar esta criança em relação a faltas recorrentes, repetência elevada e eventuais maus-tratos perpetrados no lar. Esgotados os instrumentos de acompanhamento da escola, entra em cena o Conselho Tutelar, ao qual as escolas devem denunciar ou comunicar os fatos. A este cabe o papel

interventivo direto na família para constatação e reparação do que porventura estiver ocorrendo. Suas possibilidades de ação incluem o aconselhamento, a expedição de notificações e execução de suas deliberações, mediante requisição de serviços públicos. Extravassado seu rol instrumental, seu papel passa ser o de acionar, informar e assessorar o ente competente a dar seguimento na atividade de garantia do direito violado (o Ministério Público, por exemplo).

Não obstante, o “sistema de proteção especial” não é isento de críticas. Uma das mais interessantes e fundadas é a que faz Marli Palma Souza<sup>1</sup>. Afirmo a autora ser o sistema brasileiro assemelhado ao norte-americano e ao inglês, no que tange à criação e manutenção de órgãos recebedores de denúncias. No entanto, ao privilegiar o aumento delas, no que foram extremamente bem sucedidos, acabaram por sobrecarregar o sistema, não fazendo mais do que expor a ferida, o que acaba por duplicar a violação das condições necessárias ao desenvolvimento da criança (uma vez em casa, outra em público). E nisto diferenciam-se os sistemas acima referidos. Ainda nas palavras da autora, há a necessidade de se migrar de um sistema de denúncias para um sistema de detecção e prognóstico. O recebimento de denúncias continuaria em vigor, porém passando por filtros poderosos, o que deixaria espaço para uma ação mais eficaz nos casos detectados, uma vez que há a constatação de pesquisadores de que o nível de violência intra-domiciliar não vem aumentando, mas mantém-se mais ou menos estável. O que vem aumentando, na realidade (e isso é consideração nossa, percepção da realidade por intermédio dos meios de comunicação) é a exposição pública dos dramas familiares. O quadro todo resulta no que a autora chama de “pseudoproteção”, uma vez que suas técnicas permitem uma alta taxa de reincidência e implementam uma vitimização secundária da criança (que é a própria submissão aos procedimentos averiguatórios).

Apesar da crítica, é certo que a família, a sociedade e o Poder Público, unidos em ações concretas e fiscalizadoras uns dos outros, integrados na persecução da aplicação da lei de garantia dos direitos da infância, formam um verdadeiro sistema de proteção especial. Este conjunto de elementos une-se por um

---

<sup>1</sup> SOUZA, Marli Palma. **As estratégias dos serviços de proteção à criança e ao adolescente**. Revista Virtual Textos & Contextos. nº 3, ano III, dez. 2004. Disponível em <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/viewFile/986/766>>. Acesso em 01 de mar. de 2008.

princípio único integrador, o da necessidade de outorga de proteção especial e específica a crianças e adolescentes.

Nesse panorama da evolução dos direitos da criança, é interessante notar como algo que estava longe das preocupações acabou se tornando seu centro. Num lento desvelar, a preocupação com a infância foi tomando forma e volume, assumindo um papel tanto mais central quanto mais evoluído se tornava o homem. Antes deixada ao talante de pais ou responsáveis, numa total dependência de sua maior ou menor aptidão para a tarefa, hoje o pleno desenvolvimento de crianças e adolescentes é, em tese e ao menos formalmente, preocupação fundamental da sociedade em suas esferas pública e privada.



### 3. O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

A cadeia de elementos anteriormente descrita une-se pelo fio do princípio do melhor interesse da criança. Este conceito, ainda que vago e impreciso, demonstra seu poder transformador quando empregado no corpo de textos legislativos e decisões judiciais.

#### 3.1 ASPECTOS HISTÓRICOS

O princípio do melhor interesse da criança é o integrador de todo o direito da criança e do adolescente. Farol de toda a situação que envolva menores, Tânia da Silva Pereira localiza sua origem na Europa, dizendo que este “se prende ao instituto do *parens patriae*, utilizado na Inglaterra como prerrogativa do Rei e da Coroa a fim de proteger aqueles que não podiam fazê-lo por conta própria”<sup>1</sup>. A autora, citando trabalho de Daniel B. Griffith, faz menção a quatro casos paradigmáticos na tradição do *common law* que bem ilustram esse desenrolar histórico. São eles os casos *Rex v. Delaval*, o caso *Blissetts*, o caso *Commonwealth v. Addicks* e o caso *Finlay v. Finlay*<sup>2</sup>.

Os dois primeiros desses casos ligam-se à figura de Lord Mansfield, eminente “chief justice” da Inglaterra que viveu no séc. XVIII. Nascido na Escócia, teve importante vida na política. Sua reputação, no entanto, deve-se à sua atuação judicial. Envolvido numa série de julgamentos políticos, sofreu ataques durante toda sua carreira. Manteve-se firme em seu cargo devido à equidade e propriedade com

---

<sup>1</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática. In. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família**: a família na travessia do milênio. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 216.

<sup>2</sup> Não nos foi possível localizar a íntegra de tais casos. No entanto, foi possível obter outros casos da jurisprudência americana mais recente que fazem referência expressa ao conteúdo destes precedentes paradigmáticos, cujas referências virão a seguir.

que julgava, amparado sempre por uma sólida e indubitável fundamentação casuística, o que acabou por render-lhe a admiração de seus pares<sup>1</sup>.

O primeiro dos casos de Lord Mansfield (*Rex v. Delaval*)<sup>2</sup>, versa sobre o direito que os pais tinham de transferir a guarda de seus filhos a terceiros, delegando-lhes seu poder parental. Joel R. Brandes<sup>3</sup> escreve que este direito, de origem medieval, era comumente utilizado para atrelar uma criança a outra pessoa na condição de aprendiz ou mesmo de servo. O tutor adquiria a guarda legal da criança ou adolescente para todos os efeitos. O instituto, no entanto, dava ensejo a manipulação para fins ilegais. Neste caso, a custódia de uma menina havia sido transferida a um homem de nome Bates com fins de tornar-se aprendiz de música. Bates resolveu passar seus direitos a um senhor de nome Francis Delaval. A transação foi mediada por um advogado de nome Fraine, que providenciou toda a documentação. Essa passagem tinha fins ilícitos, pois Delaval desejava obter a guarda da adolescente para submetê-la a prostituição. Percebida a imoralidade do ato, Lord Mansfield levou-os todos a juízo pela conspiração, alegando, quanto ao advogado, que era impossível que este não tivesse conhecimento de que o senhor Delaval não possuía estrutura para ensinar música a ninguém. A menina foi libertada do laço que a unia ao músico e mesmo ao poder paterno. O juiz a declarou livre para que seguisse sua vida como melhor desejasse, passando por cima do direito do pai de ter a filha de volta. Agindo no melhor interesse da criança, investido da prerrogativa do *parens patriae*, ultrapassou o juiz a capa de legalidade formal do ato, conseguindo evitar o dano maior à adolescente.

O outro caso de Lord Mansfield, o caso Blisset, é mencionado por Joel R. Brandes<sup>4</sup> como tendo sido um antecipador da *tender years doctrine*. Essa doutrina prega uma preferência pela mãe quando da decisão sobre a custódia de crianças

---

<sup>1</sup> UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA LAW SCHOOL. **Lord Mansfield**. Disponível em <<http://www.law.upenn.edu/about/history/medallions/mansfield/index.html>>. Acesso em 26 de jun. de 2008.

<sup>2</sup> Conforme menção no caso *People v. Lauria* (1967), que pode ser encontrado no sítio da Faculdade de Direito da Universidade Estadual de Nova York, disponível em <<http://wings.buffalo.edu/law/bclc/web/callauria.htm>>.

<sup>3</sup> BRANDES, Joel R. **Child Custody: History, Definitions, New York Law**. Disponível em <[http://www.brandeslaw.com/child\\_custody/child\\_custody\\_art.htm](http://www.brandeslaw.com/child_custody/child_custody_art.htm)>. Acesso em 27 de jun. de 2008.

<sup>4</sup> Ibid.

em tenra idade. De acordo com o direito vigente à época, todos os direitos relativos à criança eram titularizados pelo pai, com quem deveriam ficar os filhos em caso de dissolução das famílias, pelo simples fato de ser pai. Era uma questão de direito natural. No entanto, neste caso em específico, Lord Mansfield rompeu com esse dogma. O juiz, interpretando a regra, concluiu e decidiu que o pai deve ser um “pai adequado”, negando a custódia do filho a este pai que, além de falido, nunca havia contribuído para a manutenção da família, bem como havia se envolvido em condutas impróprias. Numa decisão justa e preocupada com o bem da criança, escreveu o juiz, em tradução livre, que “se as partes estão em desacordo, a corte fará o que pareça melhor para a criança”<sup>1</sup>. Nesta ocasião, pareceu à corte que o melhor interesse da criança seria atendido pela desconsideração do dito “direito natural” do pai em favor dos cuidados da mãe.

Os casos anteriores referem-se ao direito inglês. Nos Estados Unidos o caso paradigmático, citado como introdutor do princípio do melhor interesse da criança ou, ao menos, da prevalência dos interesses da criança sobre os dos pais, é o caso *Commonwealth v. Addicks*. O direito do pai como “guardião natural” da criança em todos os casos de custódia aos poucos foi perdendo espaço para o entendimento jurisprudencial de que a criança, nos seus anos iniciais (*tender years*) necessitava dos cuidados maternos mais do que respeitar um pressuposto direito naturalístico do pai. No caso em apreço, julgado em 1813, marido e mulher divorciaram-se após adultério cometido pela esposa. A esposa casou-se com o amante e manteve as duas filhas do primeiro casamento sob sua guarda e sustento. O pai entrou então com pedido de mudança na custódia das filhas, alegando o seu direito natural de pai e a conduta imoral da mãe. A mãe, por sua vez, alegou que sempre cuidara apropriadamente das crianças, bem como que o pai nunca ajudara no sustento da família, sendo que ela mesma teve que abrir e manter uma hospedaria para conseguir sustentar a todos. O pai não desmentiu a esposa, mas alegava que sua situação financeira agora havia mudado, que possuía condições de sustentá-las e voltou a insistir na regra de direito consuetudinário que lhe dava a preferência natural. A corte, apelando ao bom senso e fazendo prevalecer o interesse das crianças em detrimento ao direito de um ou outro pai, pronunciou-se, em tradução livre, nos seguintes termos:

---

<sup>1</sup> No original: “if parties are disagreed, the court will do what shall appear best for the child.”

Não podemos deixar de expressar nossa desaprovação em relação à conduta da mãe, embora no que diga respeito ao tratamento dispensado às crianças ela não tenha cometido faltas. Elas parecem ter sido bem cuidadas em todos os aspectos. É a elas que nossa preocupação se dirige principalmente; e nos parece que, considerando sua tenra idade, elas ainda necessitam do tipo de assistência que não pode ser melhor provida por outra pessoa além da mãe. É por conta delas, portanto, que exercendo o poder de decisão com o qual a lei nos investiu, achamos melhor, no presente, não retirá-las dela.<sup>1</sup>

O juiz do caso, William Tilghman, recebeu o crédito de ter sido o introdutor do princípio do melhor interesse da criança nos Estados Unidos. Apesar de ter modificado o *common law* ao desconsiderar a prerrogativa paterna em nome do interesse das crianças, três anos depois o juiz voltou atrás em sua decisão pelo fato de a autora ter ignorado previsão legal que a impedia de casar, após o divórcio, enquanto o ex-marido fosse vivo<sup>2</sup>. Ao final, as crianças retornaram ao pai, pois o juiz entendeu que o adultério não feria sua moral tanto quanto o desrespeito à mencionada convenção legal.

Por fim, um precedente quase que onipresente é o caso *Finlay v. Finlay*. Julgado em 1925 pelo juiz Benjamin Cardozo, refere-se a uma questão de competência para a concessão de custódia. O juiz fixou um conceito importante na jurisprudência americana, o de que o estado em que a criança esteja fisicamente localizada tem competência jurisdicional para conceder a custódia, pois investe-se da autoridade do *parens patriae* para prover o bem-estar geral de qualquer criança que se encontre nos limites de suas fronteiras<sup>3</sup>. Porém, mais que dirimir uma dúvida processual, o juiz Benjamin Cardozo é constantemente lembrado pela interpretação focada no interesse da criança que fez do instituto do *parens patriae*. Escreveu ele, em tradução livre, que “a jurisdição de um estado para regular a custódia de

<sup>1</sup> No original, disponível em <[http://www.gale.cengage.com/free\\_resources/whm/trials/addicks.htm](http://www.gale.cengage.com/free_resources/whm/trials/addicks.htm)> : “We cannot avoid expressing our disapprobation of the mother’s conduct, although as far as regards her treatment of her children, she is in no fault. They appear to have been well taken care of in all respects. It is to them, that our anxiety is principally directed; and it appears to us, that considering their tender age, they stand in need of that kind of assistance, which can be afforded by none so well as a mother. It is on their account, therefore, that exercising the discretion with which the law has invested us, we think it best, at present, not to take them from her.”

<sup>2</sup> UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA LAW SCHOOL. **William Tilghman**. Disponível em <<http://www.law.upenn.edu/about/history/medallions/tilghman/index.html>>. Acesso em 26 de jun. de 2008.

<sup>3</sup> Conforme menção no caso *Bergen v. Bergen*, disponível em <<http://bulk.resource.org/courts.gov/c/F2/439/439.F2d.1008.19349.html>>.

menores que se encontrem dentro de seu território independe do domicílio dos pais. Ela tem sua origem na proteção que é devida ao incapaz ou desamparado”.<sup>1</sup>

Suas palavras ficaram famosas no direito americano, também, quando escreveu que a autoridade age como *parens patriae* para fazer o que for melhor para o interesse da criança, devendo esta colocar-se na posição de um “sábio, afetuoso e cuidadoso pai”, provendo à criança de acordo. Martin Guggenheim<sup>2</sup> cita trecho do escrito do juiz Benjamin Cardozo em que este menciona que não está o juiz a adjudicar a controvérsia entre partes adversárias de modo a compor suas diferenças particulares, bem como não está a determinar direitos entre pais e filhos, ou entre um pai e outro, mas sua interferência se dá com fins de proteção da criança, com fulcro na prerrogativa estatal do *parens patriae*.

### 3.2 ASPECTOS CONCEITUAIS

As palavras do Juiz Benjamin Cardozo ilustram bem o que se tenta comunicar pelo uso do princípio em debate. Via de regra, situações judiciais envolvendo o direito à convivência familiar de crianças e adolescentes integram um conjunto em que há uma relação desigual de forças. A parte mais fraca é sempre a criança, obviamente. No mais das vezes, por ser o elo fraco da corrente, acaba por ser jogada de cá para lá durante o desenrolar dos procedimentos judiciais. Porém, como menciona o Juiz Cardozo, não é papel da corte, nesses casos, chamar para si a defesa do interesse de um ou outro pai, pouco devendo importar, na resolução destes casos, o interesse ou direito dos pais de terem consigo o filho. Os elementos do caso concreto devem ser sempre enxergados pelo filtro do princípio do melhor interesse da criança.

---

<sup>1</sup> No original: “The jurisdiction of a state to regulate the custody of infants found within its territory does not depend upon the domicile of the parents. It has its origin in the protection that is due to the incompetent or helpless.” Disponível em <<http://wyomcases.courts.state.wy.us/applications/oscn/deliverdocument.asp?citeid=47356>> .

<sup>2</sup> GUGGENHEIM, Martin. **Rediscovering Third Party Visitation Under the Common Law in New York: Some Uncommon Answers**. Disponível em <[http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN\\_ID1105407\\_code419245.pdf?abstractid=1085323&mirid=1](http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID1105407_code419245.pdf?abstractid=1085323&mirid=1)>. Acesso em 07 de Jul. de 2008.

A expressão “fragilidade” resume bem o que se deve ter em mente no trato de tais questões, pois é seu aspecto mais relevante. A especialidade da situação da criança baseia-se na idéia de fragilidade e espraia-se pelos diversos âmbitos de sua existência. Assim, o ser humano, no início de sua vida, é marcado pela fragilidade biológica, psicológica, emocional, etc. Não é por outro motivo que a ordem jurídica tornou as crianças e adolescentes destinatários de direitos fundamentais próprios. Há, no entanto, uma carência de efetividade muito grande neste campo dos direitos humanos. Neste ponto sensível, o princípio do melhor interesse da criança trabalha e age como garantia de respeito à situação específica deste ser humano. Sua estrita observação, em detrimento a qualquer outro direito ou interesse que se apresente concomitantemente, garante a concretização dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

Como princípio geral de direito das crianças e adolescentes, detém o princípio do melhor interesse da criança validade positiva. Ultrapassa, portanto, a mera preocupação do legislador ou do julgador frente aos acontecimentos, tomando o *status* de norma. Diz Norberto Bobbio<sup>1</sup> que os princípios gerais são “normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais”, por dois motivos: a) se os princípios são extraídos das normas, o que se extrai delas não pode ser outra coisa que norma também, e b) os princípios cumprem a mesma função da norma, sendo empregados na regulação dos casos.

Como orientação interpretativa, o princípio do melhor interesse da criança dá ao direito da criança e do adolescente seu caráter tutelar e garantista, tendo em vista a incompletude de seu desenvolvimento como ser humano. Como diz Hugo D'Antonio

la particularidad del sujeto de esta disciplina, ser no plenamente desarrollado em sus aspectos biológico, psíquico y - por consecuencia - tampoco em el social, hace que el derecho de menores se impregne de una orientación tuitiva que se muestra presente em todo momento y que se convierte, a la vez, em princípio interpretativo. Queda consagrado así el criterio aplicable cuando hay duda em la dilucidación del sentido normativo, debiendo estarse a lo que sea mas favorable o beneficioso para el menor de edad.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10ª ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1999. pp. 158-159.

<sup>2</sup> D'ANTONIO, op. cit., p. 6.

A exemplo dos demais princípios, o princípio do melhor interesse da criança exerce algumas funções de relevo no trâmite jurídico. Edilsom Pereira de Farias<sup>1</sup>, apoiado em doutrina estrangeira, classifica as funções dos princípios em funções hermenêuticas e funções regulativas. Hermeneuticamente, os princípios em geral (e o princípio do melhor interesse da criança em específico) funcionam como dirimentes de dúvidas de interpretação, apontando o sentido da disposição normativa. Ainda no campo da funcionalidade hermenêutica, servem de limitadores interpretativos, restringindo a discricionariedade judicial para que o operador do direito abstenha-se de invocar valores meramente subjetivos sem amparo legal. No campo da regulação, funciona o princípio como fonte de Direito em casos de omissão legal, possibilitando ao julgador ocupar o espaço lacunoso de forma a promover a integração do ordenamento.

O princípio do melhor interesse da criança, enquanto princípio que é, reveste-se da característica de imprescindível subsídio de fundamentação racional das decisões jurisdicionais. Princípios são de uso obrigatório em questões como a que ora se trabalha (o direito à convivência familiar), pois tais questões remetem a normas e situações que demandam a apreciação de direitos fundamentais do ser humano e que, portanto, fogem à simples subsunção do caso à norma. No transcurso do processo decisório envolvendo crianças e adolescentes, o princípio do melhor interesse da criança revela-se baliza objetiva que, ao mesmo tempo, estende e limita o campo discricionário daquele a quem cabe decidir. Trata-se de referência mandatória ao redor do qual deve orbitar a fundamentação da decisão.

### 3.3 LEGISLAÇÃO

Em termos de legislação, não são muitas as referências expressas ao princípio do melhor interesse da criança. Assim, vemos que a Declaração de Genebra de 1924 falava que a humanidade deve à criança o que de melhor ela tem

---

<sup>1</sup> FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 49-51.

a oferecer, havendo por parte da criança um tipo de direito que transcende questões de raça, nacionalidade e credo. A necessidade de direitos específicos e especiais tomou corpo em 1948, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que faz referência a isso no item 2 de seu artigo 25 ( “a maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais”).

A primeira referência textual, no entanto, vem apenas em 1959, na Declaração Universal dos Direitos da Criança. Em seu Princípio II, ao mencionar o direito da criança a proteção especial, oportunidades de desenvolvimento e garantias de liberdade, a Declaração menciona que, no processo legislativo destinado a estes fins, “a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança”. A locução grifada foi a tradução pátria dada à expressão constante do documento original, a saber “*the best interests of the child*”.

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989 repetiu a locução original no art. 3.1, que comandava que em todas as ações que dissessem respeito às crianças “*the best interests of the child shall be a primary consideration*”. No entanto, e apesar de a expressão ser a mesma da Declaração de 1959, o Decreto 99.710/90, que ratificou a Convenção no Brasil, deu nova redação à locução, traduzindo-a como “o interesse maior da criança”. Tânia da Silva Pereira<sup>1</sup> critica a tradução oficial, mencionando que ela faz surgir dois conceitos distintos, um qualitativo e outro quantitativo, optando a autora pela tradução literal (melhor interesse da criança) como sendo a mais apropriada.

No que tange ao Brasil, a locução “melhor interesse” não faz parte do corpo legislativo de maneira expressa. Nem por isso o princípio é algo ausente do ordenamento, muito pelo contrário. O estatuto da mulher casada (Lei 4121/62), por exemplo, alterou a posição do Código Civil de 1916 quanto à custódia dos filhos. A partir da nova redação, esta deveria ser concedida em atendimento aos interesses da criança, verificado o caso concreto (art. 326 do Código revogado). Não deveria haver determinação antecipada fixada por lei. A Lei do Divórcio (Lei 6515/77), ao mesmo tempo em que revogou o artigo 326 acima mencionado, absorveu em parte

---

<sup>1</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. **O “melhor interesse da criança”**. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 6.



a sua redação em seu artigo 9º e seguintes. Ainda sobre a Lei 6515/77, importante mencionar o seu artigo 13, pois sua redação permite ao juiz fugir da estrita previsão legal na regulação da situação dos filhos perante os pais na presença de motivos graves, portanto fazendo prevalecer o melhor interesse da criança sobre a aplicação fria da lei. Esta disposição foi reproduzida na edição do Código Civil de 2002, em seu artigo 1586.

O Código de Menores de 1979 possuía disposição mais explícita a respeito do assunto. Dizia seu art. 5º que “na aplicação desta Lei, a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado”. O Estatuto da Criança e do Adolescente, que o substituiu como regulamentação específica da questão da infância no País, deixou de veicular referência textual ao princípio. No entanto, criado para dar efetividade à doutrina da proteção integral, deixa transparecer em todas as suas previsões a sua vinculação a ele.

#### 4. O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

A Declaração Universal dos Direitos da Criança, já em 1959, estatuiu em seu Princípio VI que toda criança deve crescer com o amparo de seus pais, sempre que possível. Esta é a situação ideal. Na falta dela, a sua criação deve se dar, ao menos, dentro de um ambiente de afeto e segurança, tanto material quanto moral.

Sergio Resende de Barros<sup>1</sup> atribui ao direito de convivência familiar a qualidade de direito difuso, uma vez que atende às suas características de indeterminação dos sujeitos e indivisão dos objetos.

Em termos constitucionais, a convivência familiar é um dever da família, da sociedade e do Estado, conforme o caput do art. 227. A previsão constitucional de 88 adiantou-se à preocupação que logo a seguir informaria a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança. A convivência familiar aparece, na referida convenção já em seu preâmbulo, num reconhecimento expresso de que o desenvolvimento completo e harmonioso da personalidade da criança passa obrigatoriamente pela criação em um ambiente familiar, numa atmosfera de felicidade, amor e compreensão. Tão importante a manutenção desta situação de convivência familiar que seu artigo 9º, item 1, vincula os casos de retirada da criança do meio familiar à determinação de autoridade competente, sempre sujeita a revisão judicial e de acordo com as leis e procedimentos aplicáveis, e unicamente em atendimento ao melhor interesse da criança, em casos que envolvam abuso ou negligência ou, também, quando se deva decidir o local de residência da criança em caso de pais separados. Seu item 3 garante o contato da criança com os pais mesmo após a separação forçada, em contatos diretos e regulares, limitados também pelo atendimento ao seu melhor interesse.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, contempla o direito à convivência familiar em seu art. 19. No texto do estatuto, diferentemente do texto constitucional, a convivência familiar é apresentada como direito da criança.

---

<sup>1</sup> BARROS, Sérgio Resende de. Direitos humanos da família: dos direitos fundamentais aos operacionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Afeto, ética, família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 615.

Direito de um ou dever de outro, a questão de definir se o melhor a se fazer é positivar os direitos da criança ou os deveres do adulto é tema bastante interessante. Nesse sentido, Celso A. Mello percebe que a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (1989) utiliza uma redação diferenciada da dos documentos internacionais de direitos humanos, uma vez que estes afirmam a existência de direitos preexistentes ao texto legal, enquanto que aquela impõe obrigações aos Estados-Partes, que acabam por gerar direitos às crianças<sup>1</sup>, terminando por concluir que

teria sido melhor se fazer uma convenção dos deveres dos adultos e do Estado em relação às crianças como matéria de ordem pública que pudesse ser invocada a sua violação perante os tribunais especializados por qualquer autoridade.<sup>2</sup>

De volta ao Estatuto da Criança e do Adolescente, seu art. 19 garante à criança o direito de ser criada no seio de sua família. Ao mencionar a excepcionalidade da criação em família substituta, faz questão de ressaltar que a ela será assegurada a convivência familiar. Essa menção privilegiada chama a atenção para o fato de que o importante no processo todo é que a criança forme sua personalidade dentro de um grupo familiar, de uma estrutura de família. O desenvolvimento da personalidade, direito que antecede os direitos da personalidade, é processo que sabidamente atinge seus melhores resultados, de forma natural, dentro do âmbito familiar. Elencando o direito à convivência em seu texto, o direito positivo cuida de aproximar-se da realidade da espécie, dando lugar de destaque legislativo a uma necessidade inerentemente humana.

Em complemento à previsão do artigo 19, o artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente atribui o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores aos pais, gerando com isso um sistema redundante que, ao mesmo tempo, garante a um o direito de crescer em ambiente familiar e a outro o dever de proporcionar tal ambiente.

---

<sup>1</sup> MELLO, Celso A. A criança no direito humanitário. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 496.

<sup>2</sup> Ibid., p 497.

## 4.1 FAMÍLIAS

A variedade de acepções do termo “família” é tema bastante discutido, tanto na doutrina jurídica como nas demais ciências humanas. De uma concepção extremamente ampliada, ancorada na família romana, seu conceito veio se estreitando até reduzir-se a um núcleo mínimo e fechado, composto por pai, mãe e prole. Escreve Sérgio Resende de Barros que

ainda hoje, uma das ideologias de maior impacto no mundo ocidental é a ideologia da família patriarcal, herdada da cultura romana. Nem sequer o individualismo [...], logrou suplantar a ideologia da família. Para esta, o elemento basilar da sociedade não é o indivíduo, mas sim a entidade familiar monogâmica, parental, patriarcal, patrimonial, isto é, a tradicional família romana, que veio a ser recepcionada pelo cristianismo medieval, que a reduziu à família nuclear, consagrando como família-modelo o pai, a mãe e o filho, concepção restritiva que servia para justificar o domínio das terras pelos patriarcas antigos.<sup>1</sup>

Eduardo de Oliveira Leite<sup>2</sup> apresenta uma classificação tripartida das acepções jurídicas do termo “família”, dentro da perspectiva do Código Civil Brasileiro. Assim, em sentido amplo, família é o conjunto de pessoas ligadas por vínculo de sangue, ou seja, todas aquelas pessoas provindas de um tronco ancestral comum. Mais limitadamente, a família abrangeria os consangüíneos em linha reta e os colaterais contemplados na sucessão, isto é, até o quarto grau. Por fim, num sentido bastante estrito, se reduziria aos pais e sua prole (o que chamamos de “família nuclear”).

A par de definições técnicas e científicas, a realidade da vida há algum tempo vem interferindo no debate, imprimindo nele o peso e a marca da afetividade.

Enquanto antigamente a família valia pelo seu peso institucional e pelas funções sociais que desempenhava, hoje vale pelo ambiente privilegiado de troca de afeto que proporciona. Ao mesmo tempo em que perdeu suas funções meramente procriativas e de transmissão da religião, do nome e do patrimônio, a família adquiriu funções novas de educação, proteção e de espaço propício para o desenvolvimento

---

<sup>1</sup> BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v.4, n. 14, jul./set. 2002, p. 6-7.

<sup>2</sup> LEITE, Eduardo Oliveira. **Direito civil aplicado, volume 5: direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 24.

dos vínculos afetivos conformadores da personalidade. Não que em algum tempo não tenha oferecido tais vantagens, mas não eram estes os objetivos. Simplesmente o foco de hoje são as vantagens afetivas, em detrimento do anterior foco na relação jurídica e social.

A observação da realidade faz perceber que os núcleos familiares contemporâneos são dotados de uma grande diversidade. Assim, encontramos núcleos formados por homem e mulher casados (com e sem filhos), apenas um dos pais e seus filhos, homem e mulher não-casados (com e sem filhos), comunidades de irmãos, comunidade de parentes consangüíneos em interdependência afetiva, etc. As variações são enormes. Paulo Luiz Netto Lôbo<sup>1</sup> vê em todas elas os elementos comuns da afetividade (como seu fundamento e finalidade), estabilidade (comunhão de vida) e ostensibilidade (aparência pública). Uma vez que a assistência à família deve ser assegurada na pessoa de cada um que a integra, conforme o art. 226, par. 8º, da Constituição Federal, diz o autor que o que a Carta deseja preservar não é a família como valor em si, mas sim o valor da pessoa humana e sua dignidade. Seguindo este raciocínio, conclui ele que as entidades familiares elencadas nos parágrafos do referido artigo devem ser meramente exemplificativas. Dentro desta perspectiva, a família deve permanecer um conceito indeterminado a ter seu tipo concretizado na experiência concreta.

A inserção da afetividade como fator predominante para identificação familiar e a discussão acerca do valor jurídico do afeto veio adequar o mundo do direito à realidade social observável. Num viés de repersonalização do Direito, com o abandono da preocupação exclusiva com os aspectos meramente patrimoniais das relações jurídicas, a preocupação com a afetividade e com a proteção da família na pessoa de seus integrantes trouxe uma concepção familiar que, beneficemente, ampliou o conceito de família e deu toda uma nova valoração e significação ao direito à convivência familiar. No entanto, alguns mitos persistem, como será visto a seguir.

---

<sup>1</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 12, jan./fev.mar. 2002, p. 41-45.

## 4.2 OS MITOS ACERCA DA FAMÍLIA

Arraigada na história do homem, a família não escapou de uma série de mitos sobre sua natureza. As conseqüências do endeusamento da instituição familiar foram marcantes no passado e podem ser sentidos ainda hoje, em boa parte, quando se trata do direito à convivência familiar. Elementos de direito natural misturam-se a uma aura de sacralidade que, em muito, guiam as decisões sobre a conveniência da manutenção de crianças junto a seus pais biológicos.

Uma vez identificados estes mitos, a recolocação da criança junto aos seus pais biológicos pode e deve ser repensada, sopesando-se de maneira mais coerente e realista o direito à convivência familiar com a busca pelo seu melhor interesse.

Maria Leolina Couto Cunha, integrante da equipe do Centro de Combate à Violência Infantil (CECOVI), menciona alguns mitos familiares comuns, dentre os quais dois nos parecem embaixadores de uma série de enganos que ocorrem nas decisões sobre a criança, seu melhor interesse e seu direito à convivência familiar.

O primeiro é o mito da perfeição familiar. Em suas palavras

nossa sociedade sempre alimentou a falsa idéia de que a família é sem mácula, perfeita e harmoniosa. O conservadorismo de direita reforça esse pensamento e, escudado na privacidade do lar, impede qualquer discussão e averiguação acerca das falhas e mazelas existentes dentro do convívio doméstico.<sup>1</sup>

Expressões do tipo “a mãe sabe o que faz” ou “o pai sabe o que é melhor para o filho” são indicativos da disseminação desta concepção no ideário social. Essa crença generalizada na existência de uma certa clarividência, de uma ligação quase sobrenatural, fruto do compartilhamento do sangue, acaba por estabelecer uma primazia e uma insistência questionável no retorno da criança à convivência com os pais biológicos.

Tal mito alia-se a um argumento não-intervencionista amplamente disseminado na sociedade. Dentro de uma perspectiva segundo a qual a maneira

---

<sup>1</sup> CUNHA, Maria Leolina Couto. **Mitos, história e conceituação da violência doméstica contra crianças e adolescentes**. Disponível em <[http://www.fazer.com.br/a2\\_default2.asp?cod\\_materia=747](http://www.fazer.com.br/a2_default2.asp?cod_materia=747)> . Acesso em 30 de jul. de 2008.

como os pais criam seus filhos é um meio de expressão dos valores paternos, sobre como deve ser vivida a vida, não parece justo que os grupos familiares tenham que expor suas vidas íntimas perante quem quer que seja.

Um segundo mito mencionado pela autora, complementar ao primeiro, é o mito do amor natural dos pais. Segundo ela, somos todos levados a pensar que juntamente com a criança nasce um pai e uma mãe, na acepção afetiva e emocional dos termos. Não é o que se verifica, no entanto, na realidade. A verdade é que grande parte das pessoas que geram filhos não tem o mínimo preparo psicológico para conviver com outras pessoas, muito menos para assumir com responsabilidade a tarefa de guiar outro ser humano durante o desenvolvimento de sua personalidade.

Elisabeth Badinter escreve que

o amor materno foi por tanto tempo concebido em termos de instinto que acreditamos facilmente que tal comportamento seja parte da natureza da mulher, seja qual for o tempo ou o meio que a cercam. Aos nossos olhos, toda mulher, ao se tornar mãe, encontra em si mesma todas as respostas à sua nova condição.<sup>1</sup>

Analisando o comportamento das mães francesas num período de quatro séculos, explica a autora que o mito do amor materno abnegado, intrínseco e incomensurável, surge a partir de 1760 frente a uma mudança de concepção ideológica sobre a situação e a natureza das crianças, antes consideradas máquinas ou brinquedos sem alma. Cuidar das crianças passa a ser um valor ao mesmo tempo natural e social, favorável à espécie e à sociedade. Frente aos fatos, conclui a autora que “o amor materno é apenas um sentimento humano. E como todo sentimento, é incerto, frágil e imperfeito”<sup>2</sup>.

As falhas no desenvolvimento dos laços afetivos levam a situações de violência e negatividade dentro da família que deformam a convivência a um ponto tal em que, por óbvio, o melhor interesse da criança é afastar-se dela. Conclui-se que, em muitos e numerosos casos, o lar representa perigo, e não proteção. Sobre isso, escreve Anthony Giddens que “o lar é de fato o lugar mais perigoso da

---

<sup>1</sup> BADINTER, Elisabeth. **Um amor conquistado: o mito do amor materno**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985. p. 20.

<sup>2</sup> Ibid. p. 22.

sociedade moderna. Em termos estatísticos, uma pessoa de qualquer idade ou sexo está mais sujeita a ataques físicos dentro de casa do que à noite nas ruas.”<sup>1</sup>

Em se tratando de crianças e convivência familiar, de maneira ainda mais incisiva, escreve Neuza Mafra que as estatísticas revelam

uma freqüência elevada de atos de violência na vida delas no ambiente familiar que se evidenciam por meio de agressões severas, chutes, mordidas, queimaduras, espancamentos, ameaças com armas de fogo ou faca. Também é alto o índice de violência psicológica (cerca de metade dos adolescentes e crianças convive com ela direta ou indiretamente). São humilhados pelos adultos e constantemente colocados em situações constrangedoras; quando agem corretamente não são estimulados a continuarem e nem são elogiados pelo que fazem de correto. A experiência sexual na vida delas, além de precoce, é traumática, pois na maioria das vezes ocorre no ambiente familiar em decorrência do efeito de drogas ou álcool, ou abuso cometido pelos pais sob ameaças.<sup>2</sup>

Com tudo isso, o que se quer dizer é que o amor paterno e materno não é natural, não nasce com o parto nem é incondicional. Ele é criado e nutrido durante todo o processo de gestação e nos contatos iniciais com a criança, o que, por um motivo ou por outro, pode não ocorrer.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, no entanto, adotou a solução natural em seu art. 19, pugnano pela manutenção dos laços biológicos até o esgotamento das possibilidades. Ocorre que, com uma freqüência acima do normal, crianças uma vez retiradas de seus pais têm que ser deles retiradas novamente pouco tempo após o seu retorno. Essa inconstância e a insegurança do vai-e-vem vão de encontro a um dos principais elementos garantidores do atendimento ao melhor interesse da criança, que é a necessidade de estabilidade nos vínculos e referências afetivas e ambientais da criança. Não bastasse isso, não seria difícil enumerar casos escabrosos de retorno insistente da criança à família biológica (em nome do fiel cumprimento da legislação), até que o pior acontece e ela acaba por reaparecer em hospitais e delegacias de polícia.

A insistência e a pressa no retorno de crianças retiradas do lar às mãos de seus genitores perde sentido dentro dessa visão. Após constatado o risco pessoal e social, faz-se necessário um voto de confiança no poder do afeto em suprir a

---

<sup>1</sup> GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 6a ed. Porto alegre: Atmed, 2005. p. 167.

<sup>2</sup> MAFRA, N. Criança e Adolescente. In RECH, D. et al. (Coord.). **Relatório Periódico sobre Direitos Humanos no Brasil 2**. Ano 2, n. 2. Rio de Janeiro: CERIS/Mauad X, 2007. p. 394.



experiência do convívio familiar. Talvez uma temporada a salvo, sob os cuidados da família próxima ou mesmo do abrigo, sirva para garantir à criança sua integridade e permitir a correta aferição da extensão das falhas e o nível de comprometimento da estrutura que a abrigava.

A aceitação da falibilidade do núcleo familiar consangüíneo serve para retirar a aura de sacralidade que o cerca. Como dito anteriormente, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança veiculou a idéia de que o desenvolvimento completo e harmonioso da personalidade da criança passa, obrigatoriamente, pela criação em um ambiente familiar, numa atmosfera de felicidade, amor e compreensão. O que deve ser buscado, em nome do desenvolvimento adequado da criança é o ambiente familiar e a atmosfera de afeto, para os quais a presença de vínculos sanguíneos é recomendável, porém não indispensável. Obrigatório, sim, é a presença de um sólido componente afetivo.

Nessa busca, parece que a persecução do melhor interesse da criança passa necessariamente pela utilização de um conceito amplo de família, de maneira que a criança não seja privada de seu direito à convivência familiar nos seus anos iniciais, quando é mais necessária. Aqui, a idéia de família afetiva desempenha um papel fundamental. Uma vez que os vínculos de afeto entre pais e filhos são criados, e não inatos, deve-se expandir a concepção de família na busca de uma convivência saudável, que realmente atenda ao melhor interesse da criança que enfrenta risco pessoal e social dentro do ambiente familiar natural. Dentro desta idéia, percebe-se que a família afetiva é uma opção valiosa e necessária, apta a desempenhar funções que se projetam para além da guarda e do sustento.

#### 4.3 O EXERCÍCIO DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

De acordo com a previsão do artigo 1630 do Código Civil de 2002, os filhos estão sujeitos ao poder familiar enquanto menores. Este poder, exercido sempre no interesse dos filhos, é formado na verdade por um complexo de direitos e deveres atribuídos, via de regra, aos pais. Um dos direitos-deveres dos pais é o de terem os filhos em sua companhia e guarda, dirigindo-lhes a criação e educação. Por consequência, são eles os grandes responsáveis por proporcionar à criança a convivência familiar a que tem direito.

A par da situação ideal da criança que tem respeitado seu direito à convivência familiar dentro de seu núcleo familiar biológico, existem situações em que, por um ou outro motivo, a realidade se afasta desta idealidade. O direito à convivência familiar deve ser respeitado em todas elas.

#### 4.3.1 Guarda e tutela

Nos casos em que faltam os pais, como escreve Jean Carbonnier<sup>1</sup>, e segundo o pressuposto de que a criança não deve ser deixada sem proteção ou sem disciplina, certas pessoas exercem a autoridade parental, ou pelo menos alguns dos seus atributos, na sua falta e em seu lugar (*in loco parentum*). Como a convivência familiar está umbilicalmente ligada ao detentor deste poder, as decisões judiciais sobre deferimento de guarda e tutela em situações de litígio e de risco pessoal ou social mexem, invariavelmente, com o direito da criança à convivência familiar.

Nos casos de separação de casais com filhos, o direito brasileiro adotava a saída da guarda unilateral, em que a criança permanecia na companhia de um dos pais, que acumulava as responsabilidades sobre as decisões na criação da criança, restando ao outro o direito de visitação. Apesar disso, na prática, os tribunais vinham experimentando esparsamente a opção da guarda compartilhada, recentemente regulamentada pela Lei 11.689/2008, que alterou o art. 1583 do Código Civil de 2002. De certa forma, ela garante uma resposta mais eficaz à necessidade de continuidade das relações da criança com os genitores e um sentimento de convivência familiar aparentemente mais sólido, à semelhança dos núcleos intactos, onde tais responsabilidades são compartilhadas.

Sobre o direito à visitação, sempre no interesse da criança e em atenção ao seu direito à convivência familiar, anota Sílvia de Salvo Venosa que este pode ser,

---

<sup>1</sup> CARBONNIER, Jean. **Droit civil: La famille, l'enfant, le couple**. 20<sup>a</sup> Ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1999. p 102.

nos casos litigiosos, estendido “a outros parentes, tios por exemplo, que se encontrem emocionalmente ligados ao menor”<sup>1</sup>.

Nos casos em que o afastamento do lar ocorre por questões de risco pessoal ou social, correta é a posição do estatuto ao prever, no parágrafo 2º de seu art. 28, que o pedido de colocação em família substituta deverá levar em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou afetividade, privilegiando a família próxima, desde que verificadamente apta a desempenhar o encargo parental. Desta forma, investe a lei na continuidade do referencial afetivo da criança, no intuito de minorar as dificuldades de adaptação e os efeitos do abrupto rompimento dos laços afetivos.

Nestas eventualidades, apesar do deferimento a título precário, guardiães e tutores assumem o papel de protagonistas da convivência familiar oferecida à criança. Como preâmbulo do retorno à família natural ou da entrega à família adotiva, esta situação acaba por abranger, em muitos casos, períodos consideráveis de vivência familiar e comunitária.

#### 4.3.2 A adoção

A adoção, que uma vez serviu para dar filhos àqueles que não os podiam conceber, e hoje serve para dar família aos que não a possuem, sempre esbarrou em alguns preconceitos. O mito do sangue, muito impregnado em nossa condição humana, possui um exemplo contundente que nos é trazido por Alyrio Cavallieri. Escreve o autor que

o que acontece com a mulher Tuareg é exemplo para todos. Quando ela vai criar uma criança que lhe foi entregue, chega-a ao peito, coloca-a entre sua pele e suas roupas, faz com que ela escorregue por baixo até suas pernas, simulando um parto, submetendo-se ao tabu sagrado, a fim de que a sociedade possa tolerar que ela tenha um filho que não é seu.<sup>2</sup>

Nem todas as pessoas que procuram a adoção buscam preencher artificialmente o que a natureza lhes negou. Apesar disso, e apesar do discurso de

<sup>1</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. v. 6. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.183.

<sup>2</sup> CAVALLIERI, Alyrio. **Direito do menor**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976. p. 97-98.

que a adoção deve servir exclusivamente para dar uma família à criança que não a possui, impossível afastar seu complemento necessário: a adoção continua a cumprir um papel fundamental ao prover filhos a quem não os pode ter. Os casais adotantes são muito pressionados por este dilema. Como observa Henriqueta Scharf Vieira

cobra-se dos pais adotivos uma postura de pessoas perfeitas, magnânimas, altruístas, que nunca podem falhar porque em determinada época optaram pelo desprendimento e abnegação, devotando, a partir daí, sua vida a um ser 'estranho', 'ao filho de outro'.<sup>1</sup>

Os casais pretendentes são muito cobrados, também, por estabelecerem perfis restritos para as crianças que desejam adotar. Sejam seus critérios e motivações mais ou menos nobres, éticos ou não, é fato que se apresenta, resultado da natureza da população de casais que se predispõem à adoção em nosso país, e com a qual o poder público tem o dever de lidar de maneira objetiva. Apesar da alta concorrência por determinados perfis de crianças, muitas destas, com alto potencial de adoção, acumulam-se em abrigos à espera de ação do poder público para que sejam tornadas disponíveis e possam experimentar a verdadeira convivência familiar.

Há projetos de lei que tentam, em parte, alterar a realidade dos longos anos que as crianças passam em abrigos. Eles tocam no ponto sensível da demora do poder público em requerer e deferir a destituição do poder parental, tornando a criança apta à adoção. A agilização do processo de destituição do poder parental é o ponto nevrálgico do sistema, festejado por organizações de apoio à adoção e combatido por entidades e agentes oficiais

Neste tipo de situação, parece contraproducente gastar tempo idealizando situações que dificilmente ocorrerão. O resgate de vínculos familiares gravemente combalidos e a conscientização de toda uma sociedade de que a adoção deve se dar única e exclusivamente no interesse da criança são projetos de grande valor ético e moral, mas que requerem amplo trabalho de conscientização e investimento de longo prazo. Uma vez passada a idade em que a convivência familiar produz seus melhores frutos, pouco se poderá fazer para remediar a situação, este o motivo

---

<sup>1</sup> VIEIRA, Henriqueta Scharf. Adoção - mitos da busca da perfeição nos relacionamentos. **Revista Igualdade**, Curitiba, ano 5, nº 16, jul/set. 1996. p. 01.

pelo qual se faz necessário aliar aos grandes projetos algumas ações positivas de efeito mais imediato.

#### 4.3.3 Os abrigos infantis

Em nosso país, programas de amparo à infância em situação de risco pessoal e social, entre os quais incluem-se os abrigos infantis e casas de passagem, são responsabilidade da área de assistência social, conforme o artigo 23 da Lei Orgânica da Assistência Social.

Mais especificamente, os abrigos infantis deveriam ser responsabilidade dos municípios. No entanto, na prática, os agentes de implementação dos programas de abrigamento são, na sua maioria, entidades assistenciais civis que atuam segundo suas próprias iniciativas. O atendimento em serviços de abrigo para crianças e adolescentes sempre teve sua maior parcela composta por instituições filantrópicas e religiosas de caráter privado.

Em amplo estudo publicado no ano de 2004, Enid Rocha Andrade da Silva nos apresenta alguns dados importantes no mapeamento da população abrigada no país. Constatamos que a pobreza é responsável por 52% das entradas de crianças em abrigos<sup>1</sup>. Apesar de o Estatuto da Criança e do Adolescente prever que a falta de recursos materiais não é motivo suficiente para afastar a criança de sua família natural, grande parte das famílias que possuem filhos em abrigos acha por bem negar ao filho a convivência familiar que lhe é de direito em virtude da falta de dinheiro. Parece que nesses casos, em que se abre mão tão facilmente de um filho, apesar da possibilidade de recurso a programas oficiais de ajuda, não atende ao princípio do melhor interesse da criança a insistência no retorno dela ao lar de onde foi alijada. Como já dito antes, o amor e o cuidado não são inatos, e há muitos genitores simplesmente inaptos a desempenhar a função de pais.

As entidades de abrigo devem seguir as prescrições dos incisos do artigo 92 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Devem atender a grupos pequenos, não

---

<sup>1</sup> SILVA, Enid Rocha Andrade da. O perfil da criança e do adolescente nos abrigos pesquisados. In: SILVA, Enid Rocha Andrade da (Coord.). **O direito à convivência familiar e comunitária : os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil**. Brasília : IPEA/CONANDA, 2004. p. 59.

separando grupos de irmãos, cuidando para que os abrigados participem da vida em comunidade.

Antes grandes prédios, à imagem de quartéis ou reformatórios, hoje os abrigos assumem a forma de prédios menores, que buscam espelhar-se na imagem típica de um lar. Casas à semelhança de lares naturais, dirigidos por mães e pais sociais, oferecem à criança aquilo que configura a convivência familiar: o carinho, a orientação e a interação com adultos responsáveis e acessíveis, um quarto com uma cama só sua, com seus brinquedos e seus objetos, a frequência a escolas da região e o contato com pessoas da comunidade. O objetivo é fazer com que se sintam como parte de uma família inserida em uma comunidade maior, e não como reclusos de instituições frias, alojados em quartos coletivos e impessoais.

Não obstante as diretrizes humanísticas que regem as instituições, não se pode fugir à sensação de que os abrigos são insuficientes para dar conta do direito estabelecido no ordenamento. Apesar de sua humanização, continuam a gerar seqüelas nos que neles permanecem por longos períodos, o que nos remete à questão anteriormente citada da necessidade de agilidade em solucionar definitivamente a situação da criança albergada. Diz Enid Rocha Andrade da Silva que “as seqüelas de um período de institucionalização prolongado para crianças e adolescentes já são por demais conhecidas e afetam da sociabilidade à manutenção de vínculos afetivos na vida adulta”<sup>1</sup>. Por óbvio, os danos causados pela institucionalização aumentam na proporção do tempo de espera.

---

<sup>1</sup> SILVA, op. cit., p. 64.

## 5 A TEORIA DO ENFRENTAMENTO

O grande desafio do tema está na articulação dos institutos abordados. Todos sabem que as decisões devem ser todas tomadas no melhor interesse da criança. Igualmente, não é de se pensar que alguém imagine seriamente que a convivência familiar seja algo prescindível para a criança. Agora, como decidir a questão da convivência familiar, do retorno da criança ao lar, do abrigo, da custódia e da adoção com base em critérios outros que não meramente as convicções íntimas do julgador?

O princípio do melhor interesse da criança carece de objetividade prática. Como todo princípio, exige interpretação e valoração frente ao caso concreto, deixando aí uma considerável margem de discricionariedade para o julgador. Antes de ser utilizado, o princípio deve ser interpretado. Neste sentido, os trabalhos ainda estão iniciando. Há uma carência de trabalho doutrinário que explore o assunto com a profundidade que ele merece. Como escreve Eduardo de Oliveira Leite

a noção é demais vaga. De nada adianta informar que o Brasil é signatário da Convenção Internacional do Direito da Criança (Decreto 99.710/1990) ou, que a noção foi incorporada pelo sistema jurídico brasileiro, se não determinarmos, com objetividade, clareza e precisão, o que entendemos por 'melhor interesse do menor' e, até a presente data, no direito brasileiro (quer escrito, quer aplicado), a noção tem sido empregada com uma heterogeneidade de ótica que causa, no mínimo, perplexidade.<sup>1</sup>

A convivência familiar, por sua vez, exibe uma amplitude generosa de possibilidades, o que requer uma ponderação extremamente atenta dos operadores do direito quando da opção ou pronunciamento por esta ou aquela medida. A complexidade das decisões ganhou força com o alargamento do conceito de família perpetrado pela socio-afetividade, que incrementou o leque de opções à disposição na hora das decisões.

As duas dificuldades se somam no momento da prática. Se ambos os conceitos requerem trabalho de pesquisa para definição de seus limites isoladamente tomados, muito mais o fazem no caso de sua articulação, de sua aplicação conjunta. Na prática, nos casos em que há retirada de crianças de seu ambiente familiar, parece que o melhor interesse da criança aplicado ao direito de

---

<sup>1</sup> LEITE, Eduardo Oliveira. **Direito civil aplicado: direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 171.

convivência familiar está menos em considerar se os pais se comprometerão em bem tratar o filho e mudar atitudes, e mais em aferir o grau de segurança que a criança sente ao ser entregue a eles. Trata-se menos de garantir ao genitor uma segunda chance e mais em garantir o direito da criança a um desenvolvimento pessoal saudável gerado por uma convivência familiar condizente com parâmetros objetivos mínimos.

Para além disso, pode-se enumerar alguns pontos mais ou menos objetivos, mencionados na doutrina, através dos quais se pode fazer uma aferição correta do melhor interesse da criança em termos de convivência familiar.

## 5.1 APONTAMENTOS DOUTRINÁRIOS

### 5.1.1 Doutrina nacional

Considerações importantes veiculadas pela doutrina brasileira, algumas já citadas no trabalho, podem ser apontadas como elementos de orientação relevantes para a boa condução dos casos que envolvem a convivência familiar e o melhor interesse da criança. São eles a necessidade de um trabalho interdisciplinar, o posicionamento especial dos operadores do direito frente aos litígios, a valoração da vontade da criança, a cautela na insistência na família biológica, a amplitude do conceito de família e a agilidade no processamento das causas.

Guilherme Gonçalves Strenger nos fornece um conceito analítico de princípio do melhor interesse da criança em que diz:

Consideram-se interesse do menor todos os critérios de avaliação e solução que possam levar à convicção de que estão sendo atendidos os pressupostos que conduzem ao bom desenvolvimento educacional, moral e de saúde, segundo os cânones vigentes e identificáveis, através de subsídios interdisciplinares, obtidos com a cooperação de especialistas [grifo nosso].<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de filhos**. São Paulo: LTR, 1998. p. 92.



A obtenção de subsídios advindos do trabalho conjunto de especialistas parece ser o ponto-chave do tema. Em outras palavras, a interdisciplinaridade desempenha um papel fundamental no sucesso da melhor colocação da criança que se depara com problemas no seu dia-a-dia familiar. Este parece ser ponto pacífico na doutrina. A interação de profissionais da área jurídica, psicológica e da assistência social é sempre citada como requisito fundamental para o bom resultado do trabalho.

Além disso, o trato da questão requer dos envolvidos um posicionamento especial, manifestado através um menor legalismo e do afastamento de toda atitude belicosa e egoísta, pois o interesse a ser atendido não é o do cliente, o do advogado, o da promotoria ou o do Juiz, mas o da criança que se vê envolvida no processo.

Especificamente quanto aos advogados, vale lembrar que o estatuto da advocacia possui regra de estímulo à conciliação e prevenção do litígio, o que se aplica especialmente nos casos envolvendo crianças, em que a figura do advogado litigante deve ceder lugar ao do advogado conciliador, com o abandono da imagem do profissional preocupado unicamente com seu dever de ofício, o de satisfazer as pretensões do cliente. Faz-se necessário que encarem os litígios familiares como o que realmente são fora da capa processual: questões de família. No mais, como escreve Eduardo Sertório<sup>1</sup>, há que se ter consciência de que o uso nocivo do Direito Processual Civil é incondizente com o papel de advogado.

Já no caso dos Juízes, cabe-lhes, dentre outros, o papel de zelar para evitar a utilização da máquina e do poder jurisdicional para fins egoísticos, o que no mais das vezes ocorre pela natureza vingativa de grande parte das ações de família.

Aloysio Raphael Cattani *et al.*, em estudo de caso, verifica, na prática, o uso do processo e do poder judiciário como ferramenta para obtenção de objetivos puramente pessoais. Ao analisar um caso judicial de pais separados, conclui que a mãe “age com o Judiciário da mesma forma que com a criança. Usa do Judiciário

---

<sup>1</sup> SERTÓRIO, Eduardo. A angústia dos juízes e a ética dos advogados. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família: a família na travessia do milênio**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 343.

quando lhe é conveniente [...] até o ponto de deixá-lo impotente”<sup>1</sup>, acabando por esvaziar a sua autoridade.

O contato com a inteireza da natureza humana, com suas boas e más facetas, exige do Juiz de família, segundo Lourival de Jesus Serejo Sousa<sup>2</sup>, uma sensibilidade mais acurada do que a dos seus colegas de outras varas. Mesmo que a sensação de amarra à armadilha processual o acometa, não pode nem deve o Juiz passar por cima dos elementos factuais carregados aos autos. Por isso, Basílio de Oliveira escreve que

o juiz não fica jungido ao critério estritamente legal, podendo usar de sua faculdade discricionária e o seu poder geral de cautela, a fim de tomar as medidas que julgar cabíveis, com vista na escolha do destino que melhor convém à criança.<sup>3</sup>

Se a lei, de um modo geral, preserva o recinto familiar da interferência externa, esta lei não tem como destinatário o Juiz. Nos casos envolvendo o interesse de menores, o legislador coloca o Juiz dentro da família para que exerça sua função de mediador do conflito, sempre no interesse da criança. Para evitar o esvaziamento do poder jurisdicional ocasionado pelo mau comportamento das partes, como no caso concreto acima mencionado, cabe ao Juiz, ciente de sua posição jurídica, utilizar-se de todo o poder que a lei lhe confere no melhor interesse da criança em suas relações de convivência familiar.

Um terceiro ponto de observação no atendimento ao melhor interesse da criança e seu direito à convivência familiar é a oitiva da criança no processo. Parece indiscutível a necessidade de prover à criança um momento de participação na decisão quanto aos rumos de sua própria vida. Além disso, é medida prevista no parágrafo 1º do art. 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

No entanto, a matéria é controvertida. Leila Maria Torraca de Brito opina que “propor à criança que expresse com quem deseja ficar após a separação de seus

---

<sup>1</sup> CATTANI, A. R. *et al.* A disputa judicial visa sempre o interesse do menor? Reflexões interdisciplinares. In: **Direito de família e ciências humanas**: caderno de estudos n. 3. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2000. p 17-19

<sup>2</sup> SOUSA, Lourival de Jesus Serejo. A ética e as angústias do Juiz de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família: a família na travessia do milênio**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 345.

<sup>3</sup> OLIVEIRA, Basílio de. **Das medidas cautelares nas questões de família**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. p. 193

pais pode trazer graves conflitos de culpa por ter rejeitado um dos adultos”<sup>1</sup>. No mesmo sentido, escreve Maria Berenice Dias que “é de todo descabido inquiri-las para que digam com qual dos pais querem ficar. Certamente entrarão em crise de lealdade ao terem de optar por um dos genitores.”<sup>2</sup>

De maneira análoga, pode-se inferir que tal crise de consciência deve surgir, também, em momentos de interrogação quanto à conduta dos pais no ambiente familiar. Logo, levar a criança a optar por um dos pais, da mesma forma que depor contra eles, é vetor de grave crise psicológica que talvez gere marcas de personalidade consideráveis.

Por outro lado, a favor da oitiva de crianças em processos familiares em que se discuta seu direito à convivência familiar e o atendimento ao seu melhor interesse, vale a menção à experiência prática do Posto Avançado Proteção Integral da OAB/RJ na prestação de assessoria jurídica junto às varas de família e da infância e juventude daquele estado. Em relato sobre essa experiência, Tânia da Silva Pereira<sup>3</sup> indica algumas das diretrizes a serem observadas e aplicadas na prática forense do grupo, entre eles a necessidade de oitiva da criança em processos que a afetem.

Não se trata, obviamente, de deixar a decisão a cargo da criança, da mesma forma como não se trata de interpretar literalmente suas palavras. Há maneiras alternativas de se chegar ao real desejo da criança sem ter de fazê-la confrontar diretamente seus temores e problemas. Trata-se de utilizar a sua experiência e o seu ponto de vista como elementos do processo decisório, o que requer, no mínimo, a interferência de um profissional apto a traduzir suas palavras e reações. Algumas maneiras de adequar a situação, ainda nas palavras de Tânia Pereira da Silva<sup>4</sup>, são as seguintes: evitar situações de angústia e linguagem técnica incompreensível,

---

<sup>1</sup> BRITO, Leila Maria Torraca de. Guarda conjunta: conceitos, preconceitos e prática... In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Afeto, ética, família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 364.

<sup>2</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 3a ed. São Paulo, Revista dos Tribunais 2006. p. 79.

<sup>3</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família: a família na travessia do milênio**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 231.

<sup>4</sup> Ibid., p. 232.

fornecer à criança e ao adolescente todas as informações relativas ao assunto sobre o qual deverão emitir sua opinião, favorecer a intervenção de profissionais especializados que possam interpretar de maneira apropriada a palavra da criança e do adolescente e, o que nos parece o mais importante, não forçá-los a se manifestar caso não estejam preparados.

De todo modo, parece acordo geral que a decisão que envolve o direito à convivência familiar da criança e do adolescente não é tarefa para o Juiz isoladamente, mas depende da interação de um conjunto de profissionais, unidos em uma rede interdisciplinar apta a munir o detentor do poder jurisdicional de subsídios técnicos. Há a necessidade de que cada elemento desta rede trabalhe consciente de seu papel no sistema, deixando a interpretação da vontade da criança para uns e o manejo e interpretação da lei para outros. O trabalho interdisciplinar, por permitir visualizar a situação a partir de uma perspectiva privilegiada, mais condizente com os diversos planos componentes das questões familiares (jurídico, psicológico e social), é requisito importante para a efetivação do direito a uma convivência familiar que atenda ao princípio do melhor interesse da criança

Em quarto lugar surge a questão da cautela na insistência na família biológica. O Estatuto da Criança e do Adolescente é claro na sua opção pela família natural. O estatuto entende por família natural a composta pelos pais, ou qualquer deles, e seus descendentes, entendendo a criação junto a ela como direito das crianças e adolescentes. Essa lógica parece seguir a tendência natural da pessoa de manter-se próxima aos seus consangüíneos. Tanto melhor se assim for possível, uma vez que a estabilidade e a continuidade na rotina infantil desempenham um papel importantíssimo na formação de sua personalidade.

No entanto, como já dito anteriormente, nem todo genitor está apto a ser pai. Gestações indesejadas e fortuitas ocorrem aos milhares país a fora. Nestes casos, pode não haver a construção dos laços de afeto entre pais e filhos, necessários ao bom convívio e à boa criação. Esta talvez seja a explicação para o fato anteriormente mencionado de que o lar é, ao contrário do que se pensa, o local mais perigoso da sociedade moderna, onde uma criança tem a maior probabilidade de ver seus direitos violados. O lar comumente se torna palco de privações, humilhações e agressões verbais e físicas, corroborando o argumento de que o vínculo afetivo não nasce junto com a criança, sendo, portanto, autônomo em relação ao biológico.

A experiência cotidiana é pródiga em exemplos chocantes de descaso e despreparo. Abstratamente, pode-se dizer com toda a certeza que a privação do convívio no meio familiar pode decorrer de motivos alheios à vontade parental. A estatística, no entanto, desprivilegia essa motivação, indicando uma maioria de crianças privadas de seu direito à convivência familiar por pura abdicação voluntária dos deveres parentais. Sobre essa situação, escreve Lídia Munhoz Mattos Guedes que

deve-se tomar muita cautela em insistir na família biológica quando os pais demonstram absoluto desinteresse pelos filhos, preferindo visitá-los esporadicamente a cumprir com os deveres de sustento, guarda e educação, isto sem falar em vínculos afetivos que se perdem com o tempo [pois] existem pais que permitem o abrigamento de filhos muito pequenos com a intenção de retirá-los quando estiverem com idade suficiente para esmolarem ou efetuarem pequenos serviços que lhes dêem retorno financeiro [...] ausente qualquer preocupação com o bem-estar e a educação da mesma [a criança entregue ao abrigo].<sup>1</sup>

A conclusão a que chega, em função de sua experiência diária no trato da questão, é a de que trabalhar o resgate dos vínculos rompidos pela violência e pelo descaso é mais trabalhoso que tentar reconstruí-los em outro lugar. Nesse trâmite, podemos ter certeza de que as eventuais recaídas dos pais haverão de ser suportadas pelos filhos, com reflexos em sua constituição psicológica. Até que ponto atende ao princípio do melhor interesse da criança insistir numa família biológica viciada em nome da opção estatutária pelo núcleo familiar natural? Lembremos que a infância é breve, e a convivência familiar sonegada nesse breve lapso projeta seus efeitos sobre o futuro do adulto e da própria sociedade.

Em nome da inexistência de uma aptidão inata para a paternidade e da importância da convivência familiar durante a infância, deve receber atenção especial a questão da amplitude do conceito de família em questões do gênero. Na apreciação do pedido de colocação em família substituta, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 28, parágrafo. 2º), parentesco, afinidade e afetividade devem ser levados em consideração. Há uma preferência pela família próxima, no que o estatuto acerta, pois a manutenção de uma continuidade mínima no ambiente e nas relações pessoais não só é desejável como necessária para a higidez psicológica dos menores. A remissão ao parentesco próximo busca minorar

<sup>1</sup> GUEDES, Lídia Munhoz Mattos. A criança não pode continuar em segundo plano. **Integrando: boletim informativo da Assessoria de Apoio aos Juizados da Infância e da Juventude**. Curitiba, n. 32, p. 3-4, dez. 2003.

as conseqüências da ruptura, uma vez que a convivência com pessoas com quem a criança possuía já uma relação de afinidade e laços de carinho recíprocos dá continuidade ao seu referencial ambiental e afetivo.

Toda essa previsão teórica, apesar de primar pelo acerto, por certo não consegue resolver a totalidade dos casos. Em muitas situações o ambiente familiar, degenerou-se em sua totalidade, sendo melhor interesse da criança a convivência familiar proporcionada por pessoas idôneas externas ao seu círculo consanguíneo. A opção pela família afetiva, mesmo em casos de existência de parentes que se disponham a obter a guarda de uma criança, deve ser seriamente considerada nesses casos.

Nesse sentido, a socioafetividade vem em socorro da criança. Seu melhor interesse deve sempre superar qualquer previsão legal. Por esse motivo, segundo Alice de Souza Birchall, pode-se concluir que “o conceito mais ou menos abrangente de família estará na proporção da identificação do limite do referido interesse”<sup>1</sup>. A criança principalmente, mas também o adolescente, tem a necessidade de um ininterrupto e estável relacionamento que lhes proporcione troca afetiva e estímulo por parte de adultos que signifiquem algo para eles. A existência de carinho, afeto e dedicação são indicadores seguros e firmes de resguardo do melhor interesse da criança.

Por fim, um último ponto a ser observado é a agilidade nos processos judiciais dessa natureza. O longo abrigamento, por exemplo, deixa seqüelas psicológicas pouco desejáveis na criança. O adolescente e a criança afastados do convívio de sua família são acolhidos para passar por um processo de reestruturação dos vínculos familiares, tendo por agente interventor o próprio Estado. Pela natureza transitória da medida, bem como pelos efeitos psicológicos que gera, as ações que envolvem a ruptura e o deslocamento dos vínculos afetivos da criança requerem trâmite ágil e respostas rápidas.

O clamor por agilidade nos processos cria, de outro lado, reações de repúdio à pressa na destituição do poder familiar de pais envolvidos em situações de risco

---

<sup>1</sup> BIRCHALL, Alice de Souza. A relação processual dos avós no Direito de Família: direito à busca da ancestralidade, convivência familiar e alimentos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Afeto, ética, família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 50.

aos filhos. Essa é, inclusive, uma das queixas mais contundentes aos projetos de reforma das previsões legais do processo de adoção no Brasil, que têm por um de seus objetivos acelerar os processos de destituição. No entanto, por agilidade não se quer dizer precipitação, muito menos destituição do poder familiar acima de tudo e por qualquer motivo. Simplesmente devem as ações e decisões, apoiadas em elementos objetivos e robustos, dar solução ágil à questão, seja através do encaminhamento para a reintegração familiar, seja para a destituição do poder familiar, caso esta atenda melhor ao interesse da criança no caso concreto. O objetivo deve ser o de evitar delongas que acabem por esgotar o precioso tempo da infância, em que a convivência familiar e a formação de vínculos são mais necessárias.

#### 5.1.2 Doutrina americana

A doutrina do *best interests standard* tem larga aplicação nas cortes americanas como guia de decisão em uma ampla gama de situações que envolvem o bem-estar da criança, mas em especial no deferimento de custódia de filhos a pais separados ou em processo de separação. A doutrina tomou o lugar antes ocupado pela *tender year's doctrine*, num giro conceitual muito significativo.

Citados por Luiz Edson Fachin<sup>1</sup>, Robin Leonard e Stephen Elias enumeram uma série de elementos pontuais a serem considerados na busca pelo melhor interesse da criança, e que podem perfeitamente ser utilizados nas decisões acerca de situações que envolvam o direito ao convívio familiar. São eles:

- a habilidade do pai ou guardião em dar à criança amor e orientação;
- a capacidade do pai ou guardião em prover à criança comida, abrigo, roupa e cuidados médicos;
- os padrões de vida estabelecidos e
- o lar, a escola e a comunidade da criança, bem como seus laços religiosos.

---

<sup>1</sup> LEONARD, Robin; ELIAS, Stephen R., 1990, p. 20-21 *apud* FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade; relação biológica e afetiva**. Belo horizonte: Del Rey, 1996, p. 98, nota 23.

Longe de ser um rol taxativo, serve como guia objetivo de alguns pontos que não podem ser desconsiderados.

De maneira menos concreta e objetiva, porém mais profunda e esclarecedora, Joseph Goldstein e seus colaboradores escreveram uma obra fundamental sobre o assunto nos Estados Unidos, cuja essência buscamos traduzir aqui. O entendimento dos autores parte da percepção de alguns aspectos fundamentais acerca da personalidade infantil<sup>1</sup> para, posteriormente, fixar três linhas mestras a serem seguidas para a determinação da alternativa que melhor atenda ao interesse da criança.

Em primeiro lugar, diferentemente dos adultos, as crianças percebem os eventos como se acontecessem sempre por sua causa. Assim, o nascimento de um irmão pode ser entendido como rejeição a elas, bem como a ausência fortuita de um dos pais tem grandes chances de ser entendida como abandono. É uma auto-referenciação que faz com que os menores acontecimentos tenham um impacto psicológico tremendo.

Em segundo lugar, as crianças não têm consciência das relações de sangue, senão até atingirem um certo grau de desenvolvimento. Nas fases mais tenras, o que importa é o padrão de interações diárias estabelecidas com os adultos que dele cuidam e que, por essa interação, assumem a figura paterna à qual se ligam.

Há, segundo os autores, uma relação de paternidade biológica e uma de paternidade psicológica. Para os pais, o processo biológico que envolve o nascimento gera, ao final, um pai biológico propenso a assumir seu papel de pai psicológico. Há uma vinculação de pensamento marcada pelo sangue. Para a criança, por outro lado, a vinculação de sangue inexistente, sendo-lhe relevante tão-somente a paternidade psicológica, ou seja, aquela desempenhada por um adulto que assume o papel de referência em virtude de um padrão de atitudes e cuidados dispensados.

Baseados nessas constatações, os autores propõem três linhas-mestras que, respeitadas, assegurariam a colocação da criança junto aos adultos mais propensos a se tornarem seus pais psicológicos.

---

<sup>1</sup> GOLDSTEIN, Joseph; FREUD, Anna; SOLNIT, Albert J. **The best interests of the child; the least detrimental alternative**. New York: The Free Press, 1996. p.9.



Por primeiro, a decisão deve salvaguardar a continuidade nas relações interpessoais da criança. O crescimento, dizem os autores, não ocorre sem tensão interna. Esse estado inerente de instabilidade dos processos mentais necessita ser contrabalanceado por um ambiente de proteção e apoio, sem o qual poderá haver até mesmo conseqüências físicas, como recusa de alimentação e distúrbios de sono<sup>1</sup>.

Em segundo lugar, a decisão deve refletir a percepção de tempo da criança. Ao contrário do adulto, que aprendeu a antecipar o futuro (e, portanto, a lidar com a espera), a criança possui uma percepção interna baseada nas suas urgências emocionais e instintivas. Escreve Goldstein que a percepção temporal da criança requer ação rápida dos tomadores de decisões, de forma a maximizar as chances de restauração da estabilidade nas relações existentes ou facilitar o estabelecimento de novas<sup>2</sup>.

Por fim, as decisões devem levar em conta a incapacidade da lei em fazer previsões de longo prazo e administrar as relações de família. Segundo os autores, embora se afirme que a lei regula as relações paterno-filiais, a verdade é que ela pode pouco mais do que reconhecê-las e oportunizar o seu desenvolvimento, uma vez que não dispõe nem de sensibilidade nem de recursos para exercer vigilância sobre os acontecimentos do dia-a-dia desta relação<sup>3</sup>. Isso chama a atenção para a responsabilidade dos operadores do direito sobre as situações concretas, exigindo-lhes olho clínico para a rápida detecção de problemas e tomada de atitudes. Também, a consciência das limitações da lei justifica a possibilidade de decisões jurisdicionais que não passam em julgado, sendo alteráveis a qualquer momento, bem como a não-vinculação absoluta do julgador à literalidade da lei.

---

<sup>1</sup> GOLDSTEIN, Joseph; FREUD, Anna; SOLNIT, Albert J. **The best interests of the child; the least detrimental alternative**. New York: The Free Press, 1996. p.19.

<sup>2</sup> Ibid., p.41.

<sup>3</sup> Ibid., p. 46.

## 6 A PRÁTICA DO ENFRENTAMENTO

Para finalizar, buscamos na jurisprudência dos tribunais algumas decisões relacionadas ao assunto abordado. Restrita a decisões do Superior Tribunal de Justiça e dos três Tribunais de Justiça da região sul do país, a pesquisa buscou mostrar casos em que as considerações dos julgadores se aproximam ou se afastam dos pontos levantados na seção anterior como relevantes para o atendimento do melhor interesse da criança frente ao seu direito de convivência familiar.

De início, cabe lembrar que, nas decisões que envolvem o direito à convivência familiar da criança, seja em questões de disputa por parte do casal em processo de separação, seja em casos de destituição de poder familiar e adoção, a integridade física e emocional da criança é a prioridade a ser atendida, sobrepujando o direito à convivência por razões de sobrevivência. Garantida a integridade física e emocional da criança, e somente após isso, passa o ponto focal a ser o direito da criança de conviver num ambiente familiar. Em último lugar, e apenas na medida em que não interfira nestes primeiros direitos, deve ser considerado o direito dos pais de conviver com a criança. Nesse sentido, julgou o STJ que

Nos processos em que se litiga pela guarda de menor, não se atrela a temática ao direito da mãe ou do pai, ou ainda de outro familiar, mas sim, e sobretudo, ao direito da criança a uma estrutura familiar que lhe confira segurança e todos os elementos necessários a um crescimento equilibrado.<sup>1</sup>

O direito à convivência familiar perde estatura frente ao dever de defesa da integridade física, psíquica e moral da criança. A questão ganha relevo, por exemplo, no caso de pedido de visitas a pai encarcerado. Frente ao estado de precariedade física e moral do ambiente penitenciário brasileiro, deixou claro o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que, “na verdade, o que está em pauta é o interesse dos menores, e não o direito do preso em receber a visita de parentes, assegurado no referido art. 41, X, da LEP”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 916.350 - RN, rel. Ministra Nancy Andrighi Brasília, DF, 11 de março de 2008. Disponível em: < [www.tj.sc.gov.br](http://www.tj.sc.gov.br) > Acesso em: 25 ago. 2008.

<sup>2</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança Nº 70012183554. Rel: Des. Danúbio Edon Franco. Porto Alegre, 08 set 2005. Disponível em <[www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br)>. Acesso em 26 ago. 2008.

Em casos de adoção destoante do procedimento legal, a falta de submissão aos trâmites é corriqueiramente denunciada em juízo, com requisição de busca e apreensão de crianças já bem acomodadas à rotina dos lares onde foram acolhidas. Quebrar este equilíbrio vai de encontro às exigências de continuidade nas relações afetivas, requisito de atendimento ao melhor interesse da criança. Felizmente, essa parece ser uma situação já pacificada na jurisprudência, que não cede aos apelos do rigorismo legal, em benefício da estabilidade nos laços afetivos da criança. Afinado com esse entendimento, o Tribunal de Justiça do Paraná já teve a oportunidade de decidir que “não obstante a necessidade de se preservar a ordem de preferência no cadastro das pessoas pretensas a adoção, os interesses da criança devem prevalecer sobre qualquer outro”<sup>1</sup>.

A posição é compartilhada pelos demais tribunais, a exemplo do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que, em caso semelhante, decidiu que “eventual repreensão a meios escusos utilizados, como, por exemplo, a denominada ‘adoção à brasileira’, por si só, não pode sobrepujar os interesses maiores e o bem-estar da criança”<sup>2</sup>. Em suma, vale o firmado pelo Superior Tribunal de Justiça já em 1999, em julgamento de Recurso Especial, segundo o qual

em se tratando de interesses de menores, é de convir-se, pela relativização dos aspectos jurídicos, sobretudo em face da prevalência dos interesses do menor, como determina a legislação vigente (ECA, art. 6º, LICC, art. 5º) e já proclamava o art. 5º do Código de Menores de 1979.<sup>3</sup>

Outro exemplo dessa possível relativização dos aspectos jurídicos em nome do interesse da criança e seu direito à convivência familiar foi a decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina pela manutenção de criança junto aos padrinhos (parentes não biológicos), com quem a criança se encontrava desde a morte acidental dos pais, afastando a pretensão da avó de tê-la consigo. A avó alegava a

---

<sup>1</sup> PARANÁ. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento Nº 180.084-2. Relator: Des. Ivan Bortoleto, Curitiba, 23 de março de 2006. Disponível em: < [www.tj.pr.gov.br](http://www.tj.pr.gov.br) > Acesso em: 27 ago. 2008.

<sup>2</sup> SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento Nº 2004.007632-0. Relator: Des. Marcus Túlio Sartorato, Florianópolis, 29 de outubro de 2004. Disponível em: < [www.tj.sc.gov.br](http://www.tj.sc.gov.br) > Acesso em: 28 ago. 2008..

<sup>3</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 124.621-SP. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, DF, 13 de abril de 1999. Disponível em: <[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)>. Acesso em: 23 ago. 2008.

preferência na tutela da criança por força de lei, no que foi contrariada pelo tribunal, que aduziu que

o bem-estar do tutelando, com a colocação em família que ostente condições materiais e afetivas de acolhê-lo com amor, dando-lhe lar apto a um crescimento saudável, orientando-o na formação de valores adequados às circunstâncias da vida e preparando-o a uma interação familiar e socialmente saudável, é o princípio cardeal a nortear as decisões judiciais em casos tais. A prestação jurisdicional, nessa perspectiva, se vê manietada a tal orientação, relegando a ordem de tutela legítima na nomeação do responsável pela tutoria (art. 409, I a III, CC/16 e art. 1.731, I e II, CC/02) ao plano da supletividade, derruindo qualquer ordem vinculante ou inflexível.<sup>1</sup>

Um posicionamento especial ante a necessidade da criança de conviver familiarmente requer das partes, nas disputas judiciais, abster-se de uma atitude belicosa. Neste palco, infelizmente, sentimentos de posse e vingança comumente lastreiam atitudes pessoais que pouco vislumbram o interesse do menor. Cabe ao juiz, apoiado no trabalho multidisciplinar, estar atento a essas atitudes. Mães e pais que buscam podar o contato dos filhos com o ex-companheiro não raro alegam uma falsa preocupação com a “má influência” que o outro genitor vá ter sobre a criança. A ação do juízo, nesses casos, deve ser no sentido de coibir essa prática danosa, como o fez o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ao afirmar que “a visitação não é somente um direito assegurado ao pai ou à mãe, é um direito do próprio filho de com eles conviver, o que reforça os vínculos paterno e materno-filial”<sup>2</sup>. Identificada a atitude puramente egoísta do detentor da guarda, tratou o tribunal de corrigir a situação, garantindo que a criança pudesse conviver com ambos os genitores.

Muitos são os casos de crianças entregues pelos pais a pessoas conhecidas para que deles cuidem em razão de carência de recursos. A análise da alegação de abandono por carência de recursos deve contemplar seu duplo aspecto: se por um lado ela não autoriza, por si só, o afastamento coativo da criança de seus pais, por outro não deve servir de justificativa para que pais abandonem seus filhos. Esta é uma situação comum, no entanto, que deve ser avaliada do ponto de vista do caso

---

<sup>1</sup> SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 2006.045359-1, Relator: Des<sup>a</sup> Maria do Rocio Luz Santa Ritta. Florianópolis, 20 de março de 2007. Disponível em: < [www.tj.sc.gov.br](http://www.tj.sc.gov.br) > Acesso em: 26 ago. 2008.

<sup>2</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento Nº 70018882902. Relator: Des<sup>a</sup> Maria Berenice Dias. Porto Alegre, 11 de abril de 2007. Disponível em <[www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br)>. Acesso em 26 ago. 2008.

concreto. O Superior Tribunal de Justiça julgou Agravo de Instrumento, em 2005, em que, ao que parece, logrou atingir o melhor interesse da criança quanto ao seu direito à convivência familiar, através de decisão ponderada e conciliatória. Trata-se de caso de entrega de criança por casal carente à avó, que posteriormente a entregou aos tios, enquanto a família tratava de se reestruturar. Passada a fase aguda, não houve concordância entre as partes quanto ao retorno da criança ao lar de origem, no que foi ajuizada ação de busca e apreensão. O estudo social revelou que, apesar de a criança ainda reconhecer os pais e nutrir carinho pelos mesmos, e apesar de os pais terem demonstrado reestruturação familiar suficiente para cuidar da criança, este laço não era suficiente para que a criança reconhecesse nos autores a figura paterna e materna. A decisão de primeira instância negou a busca e apreensão, mantendo a situação como se encontrava. Diante do fato, achou por bem o Superior Tribunal de Justiça, considerando que não houve ofensa à integridade nem exposição da criança, não podendo ser alegado que houve má conduta dos pais, decidir nos seguintes termos:

Aos pais, com ampla liberdade de visitação, está dada a oportunidade de promoverem a transferência da guarda sem maiores transtornos ou prejuízos para o filho, de maneira espontânea, criando laços afetivos, estimulando a convivência com o irmão natural e mostrando compreensão, tolerância, conquistando sem ruptura brusca o coração do filho gerado, e, com isso, ampliando os afetos e tornando natural o retorno ao seio da família natural. A qualquer tempo isso pode ser feito, posto que mantida a guarda, nesse momento, com a tia, sem perda do poder familiar, que não está aqui envolvido.<sup>1</sup>

A decisão, ao optar por uma terceira possibilidade, pautou-se pelo equilíbrio. Ao mesmo tempo em que manteve a guarda com os tios, evitou destituir desnecessariamente o poder familiar dos genitores. Parece-nos ter sido alcançado o objetivo maior de resguardar o interesse da criança, uma vez que foi garantida a continuidade nos referenciais afetivos que vinham sendo mantidos, ao mesmo tempo em que se preservou o convívio familiar com os genitores, cujos vínculos afetivos recíprocos, apesar de tênues, subsistiam. Dali para a frente, a reversão da guarda vinculou-se naturalmente à capacidade do casal em reconquistar o protagonismo no horizonte afetivo do filho.

---

<sup>1</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 518.562 - RJ. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, DF, 15 de setembro de 2005. Disponível em: <[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)>. Acesso em: 27 ago. 2008.

Ponto importante a ser considerado no atendimento do melhor interesse da criança e seu direito à convivência familiar é a amplitude do conceito de família no trato da questão. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina teve a oportunidade de reformar sentença de primeira instância que manteve a guarda de uma criança com a família paterna<sup>1</sup>. O pai havia sido assassinado a mando da mãe, que se encontrava encarcerada. O estudo social e os próprios testemunhos nos autos confirmavam que havia um ressentimento muito grande no lar paterno, pois o avô, alcoólatra, falava constantemente em matar a mãe da neta. Este mesmo avô obrigou a criança a cortar os cabelos, pois esta se parecia muito com a mãe, e isso o incomodava. Por outro lado, a família materna era muito desejosa de ter a criança consigo, e o sentimento era recíproco por parte da criança, como manifesto nos autos.

Não obstante tudo isso, o juízo de primeiro grau optou por manter a criança naquele ambiente, pois a mudança para a família da mãe requereria mudança de cidade, e isto atrapalharia a convivência familiar da mãe com a criança. Parece claro que o juízo, aqui, resguardou muito mais o direito do preso em receber visitas do que o direito da criança a ser criada num ambiente familiar adequado, ao considerar “convivência familiar” como algo dependente majoritariamente do contato com a genitora.

Tanto é equivocado vincular a convivência familiar ao contato unicamente com os pais biológicos que há o entendimento de que o direito de visitação não se resume a eles. Assim, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em Apelação Cível, que “tendo em vista o direito da criança à convivência familiar, previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, revela-se possível e até recomendável a estipulação de visitas em favor de avó e tio paternos [...]”<sup>2</sup>.

Ponto problemático é a questão da agilidade no trâmite dos processos. A questão encontra barreiras de difícil transposição, uma vez que esbarra em questões estruturais, e não de mero posicionamento pessoal. Há, no entanto,

---

<sup>1</sup> SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento Nº 2006.035108-4 Relator: Des. Fernando Carioni. Florianópolis, 13 de março de 2007. Disponível em: < www.tj.sc.gov.br > Acesso em: 26 ago. 2008.

<sup>2</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 70011465523. Relator: Des<sup>a</sup> Maria Berenice Dias. Porto Alegre, 16 de novembro de 2005. Disponível em <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 25 ago. 2008.

demoras que não se justificam, como a julgada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em que, face à negligência paterna, houve retirada de grupo de irmãos do ambiente familiar. A negligência, diga-se de passagem, ocorria pelo estado de ignorância dos genitores, pouco adaptados à função paterna e materna, bem como ao ambiente de miséria no qual se inseriam. A questão, no entanto, era a de que, passado quase um ano da remoção destas crianças do lar, não havia solução à vista para esta família. Ao menos uma de três providências deveria ter sido tomada: encaminhamento da família para a assistência do Estado, ajuizamento de ação de destituição de poder familiar (para posterior colocação em família substituta) e regulamentação de visitas (uma vez que essas haviam sido proibidas por decisão administrativa). No caso acima, manifestou-se o relator no sentido de que

é inaceitável que as crianças já estejam institucionalizadas há tanto tempo, aproximadamente um ano, estando privadas da convivência familiar e sem que sequer tenha sido proposta ação de suspensão ou destituição do poder familiar.<sup>1</sup>

No parecer ministerial, chama atenção a procuradora para o fato de o caso só ter chegado ao conhecimento do juízo pela atitude dos pais terem procurado a Justiça para retomarem as visitas. Não fosse isso, estariam as crianças indefinidamente privadas da convivência com seus pais, no limbo do abrigo infantil.

Com relação à conveniência da oitiva da criança nesses casos, dois julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ilustram a angústia psicológica a que se submete a criança quando questionada sobre a preferência por um ou outro lar. Em apelação Cível, foi considerado o estudo social, que aponta a preocupação da criança em ferir os sentimentos de um dos genitores. Nos termos do documento,

denotou-se que gosta de estar com o pai, mais ainda se evidencia o interesse do filho em residir com sua mãe. Na casa da mãe, tem a irmã e mais amigos com quem pode brincar, expressando, no entanto, que não gostaria de desagradar seu pai, de fazê-lo sofrer, por isso gostaria que o “Juiz decidisse sobre a guarda”.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento Nº 70015015001. Relator: Des. Sérgio Fernando De Vasconcellos Chaves. Porto Alegre, 12 de julho de 2006. Disponível em <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 25 ago. 2008.

<sup>2</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 70020883682. Relator: Desª Maria Berenice Dias. Porto Alegre, 12 de setembro de 2007. Disponível em <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 24 ago. 2008

É a crise de lealdade que se manifesta, como bem percebida no outro caso, onde afirmou o relator que a criança vivenciava

um verdadeiro conflito de lealdade: quando está sozinha demonstra carinho e saudades do genitor. Na presença da mãe e da avó, por temer desagradá-las, acaba repetindo o discurso rancoroso e magoado que diz muito mais com a relação conjugal, ainda não completamente desfeita, que com a relação parental, que aqui se busca preservar.<sup>1</sup>

A questão da insistência na família biológica foi enfrentada pelo mesmo tribunal em Apelação Cível de decisão que retirou o poder familiar de genitora verificadamente inapta ao exercício da maternidade. A situação de ignorância acabou por sobrepular os esforços do ente estatal em prover as carências materiais da autora e remediar a situação. Assim, concluiu o relator que

a mãe das crianças obteve do Estado aquilo que muitas famílias desejam e não conseguem: auxílio financeiro, moradia e prestação de serviços sociais, com acompanhamento direto da assistência social. Mas, ainda assim, o Estado não obteve êxito, deixando saltar às vistas a gravidade da nossa miséria: após a criação da ignorância dos valores sociais, pela falta absurda de recursos, mostra-se inviável qualquer atitude assistencialista, criando-se uma barreira intransponível entre “o nosso mundo” e aqueles que deixamos à margem dele.<sup>2</sup>

Há, por certo, situações irremediáveis, como bem assinalou o relator, para além das quais é inútil insistir pelo refazimento de vínculos e de ambientes decaídos. Nesses casos, a via do abrigamento, para posterior encaminhamento a família substituta, é a opção mais condizente com o interesse da criança, uma vez que oferece maiores chances de uma convivência familiar proveitosa, ainda que não ideal. Exemplos como este servem também para desfazer o argumento de que todas as situações de negligência familiar seriam resolvidas com o acesso a políticas públicas assistencialistas.

Apesar disso, casos há em que as medidas assistencialistas surtem o efeito desejado, como no caso do julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que optou pelo retorno ao lar de crianças abrigadas, ante o convencimento dos

---

<sup>1</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 70011713633. Relator: Des Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 07 de dezembro de 2005. Disponível em <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 24 ago.2008

<sup>2</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 70022117295. Relator: Des Alzir Felipe Schmitz. Porto Alegre, 12 de junho de 2005. Disponível em <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 23 ago. 2008.



juizadores a respeito do compromisso dos pais com a mudança de hábitos e rotinas. O estudo social do caso verificou que

a família está sendo assistida, através da Secretaria Municipal do Desenvolvimento Comunitário, na instalação de energia elétrica, assim como de material de construção para reforma da residência, propiciando melhores condições de moradia e acesso a uma melhor qualidade de vida para a família (...). Segundo fontes colaterais, o casal não tem se alcoolizado, a Sra. Janete tem cuidado da casa e dos afazeres domésticos; demonstrou durante a entrevista, uma pessoa mais animada e com grandes esperanças de receber os filhos de volta; quanto ao Sr. Pedro, está trabalhando, e nas horas de folga, se preocupa com a limpeza do pátio, fez calçada e cercou o terreno para que as crianças não saiam para a rua, relatou também que deixou de fazer uso de bebida alcoólica.<sup>1</sup>

Neste caso houve prova contundente das boas intenções do casal em receber os filhos de volta, demonstradas através de atitudes objetivas de cooperação e adaptação. O casal esforçou-se em demonstrar, através de ações concretas, sua receptividade ao auxílio oferecido, pelo que se pode dizer que o retorno à convivência com os genitores, neste caso, atende ao melhor interesse das crianças.

A capacidade dos pais ou guardiães em prover apoio material e emocional aos filhos é objeto de uma série de julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, dentre os quais destacam-se as Apelações Cíveis Nº 70022182372, 70014552947 e 70011924040, assim como o Agravo de Instrumento Nº 70014552509. Neles, em resumo, pronunciou-se o Tribunal no sentido de que a convivência familiar terá prioridade na medida em que os demais direitos da criança que digam respeito à sua integridade e sobrevivência estejam assegurados. Com relação ao apoio emocional, o tribunal firmou entendimento de que a falha em proporcioná-lo não deve ensejar a destituição do poder familiar se for fruto da imaturidade dos genitores. Nestes casos, interessa à criança ter a sua guarda deferida a um dos avós ou a parentes próximos, mantendo-se o poder familiar intacto, de forma a proporcionar a convivência supervisionada entre pais e filhos, na esperança de que esta traga a um a maturidade e a outro a oportunidade de ser criado no seio de sua família, dando continuidade ao seu referencial familiar.

---

<sup>1</sup> SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 2006.039047-1. Relator: Des. Antônio Do Rego Monteiro Rocha. Florianópolis, 22 de março de 2007. Disponível em <[www.tj.sc.gov.br](http://www.tj.sc.gov.br)>. Acesso em 23 ago. 2008.

Finalmente, verifica-se na grande maioria dos casos o recurso à análise de equipes multidisciplinares para a correta valoração da situação. Houve apenas um julgado, o acima mencionado Agravo de Instrumento Nº 70015015001 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que houve reclamação sobre a falta de estudo social sobre a situação das crianças e da família o que, aliado à falta de ação dos envolvidos, resultou em desnecessário alongamento do tempo que as crianças passaram no abrigo, longe da convivência familiar.

## 7 CONCLUSÃO

Aos poucos a sociedade percebeu que a atenção dedicada à infância rende frutos sociais importantíssimos. Ao Direito coube construir um sistema de garantias específicas, cristalizadas em textos legais nacionais e internacionais.

A antiga concepção coisificada da criança cedeu lugar ao reconhecimento de que elas eram também seres humanos, com sentimentos e necessidades humanas, o que serviu, de início, para equipará-las à condição de adultos em miniatura. Ato seguinte, compreendeu-se que sua condição era especialíssima, resultando que os direitos e garantias do homem, em geral, melhoravam mas não resolviam a situação da infância. Foi necessária a criação de uma série de direitos e garantias próprias à sua situação especial, o que ocorreu com as convenções internacionais da Organização das Nações Unidas de 1959 e 1989 e, no Brasil, com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A necessidade de uma proteção especial, contínua, próxima e afetuosa exige a atribuição de *status* especial à criança na resolução de questões que as envolvam. É necessário que em cada caso concreto se indague pela opção que melhor atenda ao seu interesse, antes de qualquer outro. O princípio do melhor interesse da criança é a referência fundamental mandatória em tais casos, ainda que carente de determinação jurídica objetiva.

O direito à convivência familiar, por sua vez, diz com necessidades humanas biológicas e psicológicas. Reconhecendo esta carência fundamental de amparo, o Direito tratou de espelhá-la na ordem jurídica, preceituando a criação do menor em um ambiente familiar de afeto e estímulo como a regra a ser seguida.

A experiência de convívio familiar outorgada à criança é protagonizada pelos detentores do poder familiar ao qual estão sujeitas. Por essa razão, questões de guarda, tutela e abrigamento, por lidarem com a configuração deste poder, ligam-se umbilicalmente ao problema do direito à convivência familiar.

Os motivos que levam o poder público a retirar uma criança de seu lar envolvem sempre a incapacidade dos pais em dar à criança suporte adequado ao seu desenvolvimento. Estas situações podem ser fortuitas. No entanto, percebe-se que, numa proporção assustadora, o que ocorre é a simples e pura abdicação

deliberada do exercício das prerrogativas e deveres da paternidade. Como exemplo, cite-se o fato de que, apesar de a carência material não representar motivo suficiente para a retirada do poder familiar, mais da metade das crianças abrigadas no Brasil ali estão por alegação de falta de recursos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente adotou a opção pela família natural. Dessa forma, a colocação da criança em família substituta deve se dar somente após o esgotamento das possibilidades de retorno dela ao convívio com sua família biológica. No entanto, não se pode perder de vista que o direito à convivência familiar subordina-se sempre ao princípio do seu melhor da criança.

O conceito de família necessita ter sua amplitude determinada por este princípio, diante do caso concreto. No entanto, casos há, e são muitos e mais freqüentes do que se imagina, em que é interesse da criança manter-se afastada de seus genitores e família próxima, pois degenerados a ponto de representar risco à sua integridade física e emocional. Nestas situações, a resposta é a busca pela família afetiva, composta por adultos realmente preocupados com o bem-estar do menor, independentemente do grau de proximidade biológica.

A articulação dos conceitos de “convivência familiar” e de “melhor interesse da criança” traz dificuldades diretamente proporcionais ao seu grau de indeterminação e ao seu amplo número de possibilidades. Para adequar o direito infantil à convivência familiar ao atendimento de seu melhor interesse, faz-se necessário apontar elementos objetivos que, utilizados como fundamento decisório, concedam à opção feita uma maior probabilidade de acerto. Embora haja uma carência de trabalho doutrinário neste sentido, são elementos necessários indicados na doutrina a absoluta necessidade de que a solução dos casos seja precedida de análise por equipe interdisciplinar, o posicionamento especial dos operadores do direito e das partes frente aos litígios, a oportunidade de expressão da vontade da criança nos processos, a cautela na insistência na família biológica, a amplitude do conceito de família (de maneira a valorizar os laços afetivos em lugar dos laços biológicos) e a agilidade no processamento das causas.

A análise da jurisprudência indica que a maioria destes apontamentos tem ampla recepção no momento das decisões, ao menos no âmbito dos tribunais pesquisados. Via de regra, há uma preocupação em zelar pela continuidade dos referenciais emocionais das crianças e com a agilidade no processamento das

causas. No entanto, nem sempre estas preocupações convertem-se em ações suficientes para salvaguardar as crianças envolvidas. Da mesma forma há, em alguns julgados, uma concepção um tanto restritiva de convivência familiar, vinculando-a obrigatoriamente à convivência com os genitores, o que certamente não privilegia o melhor interesse da criança, uma vez que acaba por insistir em uma convivência com indivíduos pouco afeitos às responsabilidades da paternidade.

Baseado na constatação de que o amor materno e paterno não nasce com a criança, há que se manter vigilância constante sobre os casos que chegam aos tribunais para que tragédias sejam evitadas. Não se pode, em nome do direito de convivência familiar e da opção legal pela família natural, sujeitar crianças e adolescentes a situações que venham a contrariar seu melhor interesse em termos de higidez psicológica e física. O melhor interesse da criança vem sempre antes, obrigando a um repensar sobre a insistência radical na manutenção da criança junto aos pais biológicos.

A determinação do melhor interesse exige que a pessoa se coloque no lugar da criança e se pergunte: sentir-me-ia seguro e amparado na companhia destes adultos? Assim, mesmo que os genitores comprometam-se a mudar hábitos e a bem cuidar da criança, o que deve guiar a decisão é a percepção da criança acerca do retorno ao lar. Se a resposta à pergunta formulada for negativa, por certo que a convivência familiar não atende ao princípio do melhor interesse da criança, pois este reside em garantir o bem-estar dela, e não em conceder repetidas oportunidades para que pais faltosos redimam-se de seus erros. No entanto, quando o compromisso com a mudança é reforçado por demonstrações de afeto por parte da criança e atitudes concretas e positivas dos pais, inegável que o retorno ao lar atende ao seu melhor interesse, ainda que este deva se dar de maneira cuidadosa e supervisionada.

Há, no entanto, situações criadas pela extrema miséria que fazem aderir à pessoa uma ignorância de tal magnitude que acaba, com o tempo, por criar uma barreira intransponível, para além da qual o esforço de recuperação é inútil. São casos em que as políticas públicas de resgate da dignidade não são capazes de resgatar a motivação para a assunção dos deveres da paternidade e da maternidade. Infelizmente, o comprometimento das faculdades cognitivas e afetivas

destas pessoas não atinge suas faculdades reprodutivas, acabando por gerar todo o problema social do abandono.

Neste horizonte, surge a exigência de se considerar seriamente a opção pelos laços afetivos, em detrimento dos laços consangüíneos. A opção pela colocação de uma criança junto à família próxima, a pessoas que a ela estejam emocionalmente conectadas ou mesmo em abrigos, onde estejam a salvo da ignorância paterna e materna, deveria ser algo de trâmite ágil, de forma a atender ao melhor interesse da criança. Redes de abrigos deveriam receber maior investimento por parte do Estado, de forma que a deficiência infra-estrutural não continuasse a servir de motivo velado para o não-acolhimento, sob a escusa da excepcionalidade prevista em lei para o procedimento.

Um sistema de proteção que se diz especial não pode aceitar ser o responsável indireto pelo resultado da violência mais covarde e repugnante que existe, que é a perpetrada contra a criança por parte daqueles que dela deveriam cuidar. Decisões equivocadas, tomadas em nome da excepcionalidade da retirada de crianças de seus lares, são uma pedra no caminho do sistema especial de proteção à infância. É necessário cuidado para que o excesso de zelo e a preocupação com o rigorismo legal não revertam em agravamento da situação.

Há que se concluir que, em se tratando de direitos da criança, toda atitude que não seja de prevenção é um remendo no tecido da conformação psicológica do ser humano em desenvolvimento. Ao final de tudo, não se pode fugir à conclusão de que mesmo a decisão mais acertada em relação ao direito à convivência familiar da criança resume-se, tristemente, a optar pelo menos danoso, pelo que transfira o menor fardo.

A infância pode ser a fase mais feliz ou mais triste da vida de uma pessoa. Sem sombra de dúvida, representa a fase mais complexa pela qual passa o ser humano em seu caminho durante a vida, seja pela intensa transformação física e psíquica pela qual passa, seja pela sua situação de criatura indefesa que nada pode contra ninguém. A criança se sujeita a condições de vida para as quais não contribuiu, arcando com o peso das decisões alheias. A convivência familiar pode, por isso, transformar ou transtornar uma criança.

Como o amor de pais e mães é elemento provável e desejável, porém incerto, a garantia de uma passagem tranqüila pela infância, num ambiente verdadeiramente familiar, reserva ao Direito um papel de destaque na determinação de elementos objetivos de aferição do melhor interesse da criança em seu direito à convivência familiar. Este trabalho exigirá, sem dúvida, a coragem de denunciar estereótipos e desafiar o senso-comum, de forma a quebrar o círculo vicioso que realimenta toda a situação.

## REFERÊNCIAS

- ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia judiciária**, v. 2. Coimbra: A. Amaro, 1981-1982.
- ARIÈS, Phillippe. **História social da criança e da família**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1986.
- BADINTER, Elisabeth. **Um amor conquistado: o mito do amor materno**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.
- BALLONE, Geraldo José. **Crianças adotadas e de orfanato**. Disponível em <<http://virtualpsy.locaweb.com.br/index.php?art=52&sec=19>>.
- BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v.4, n. 14, jul./set. 2002.
- \_\_\_\_\_. Direitos humanos da família: dos direitos fundamentais aos operacionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Afeto, ética, família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- BIRCHAL, Alice de Souza. A relação processual dos avós no Direito de Família: direito à busca da ancestralidade, convivência familiar e alimentos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Afeto, ética, família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10ª ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1999.
- BRANDES, Joel R. Child **Custody: History, Definitions, New York Law**. Disponível em <[http://www.brandeslaw.com/child\\_custody/child\\_custody\\_art.htm](http://www.brandeslaw.com/child_custody/child_custody_art.htm)>.
- BRITO, Leila Maria Torraca de. Guarda conjunta: conceitos, preconceitos e prática... In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Afeto, ética, família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- CARBONNIER, Jean. **Droit civil: La famille, l'enfant, le couple**. 20ª ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1999.
- CATTANI, Aloysio Raphael *et al.* A disputa judicial visa sempre o interesse do menor? Reflexões interdisciplinares. In: **Direito de família e ciências humanas**: caderno de estudos n. 3. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2000.
- CAVALLIERI, Alyrio. **Direito do menor**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976.
- CHAVES, Antônio. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 2ª ed. São Paulo: LTR, 1997.
- COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2002.



CUNHA, Maria Leolina Couto. **Mitos, história e conceituação da violência doméstica contra crianças e adolescentes**. Disponível em <[http://www.fazer.com.br/a2\\_default2.asp?cod\\_materia=747](http://www.fazer.com.br/a2_default2.asp?cod_materia=747)>.

D'ANTONIO, Daniel Hugo. **Derecho de menores**. 4ª ed. atual. e aum. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande e senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal**. 25ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1987.

FUCITO, Felipe. **Sociología General**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1999.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 6ª ed. Porto alegre: Atmed, 2005.

GOLDSTEIN, Joseph; FREUD, Anna, SOLNIT, Albert J. **The best interests of the child; the least detrimental alternative**. New York: The Free Press, 1996.

GOMES, Orlando. **Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GUEDES, Lídia Munhoz Mattos. A criança não pode continuar em segundo plano. **Integrando: boletim informativo da Assessoria de Apoio aos Juizados da Infância e da Juventude**. Curitiba, n. 32, dez. 2003.

GUGGENHEIM, Martin. **Rediscovering third party visitation under the common law in new york: some uncommon answers**. Disponível em <[http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN\\_ID1105407\\_code419245.pdf?abstr=1085323&mirid=1](http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID1105407_code419245.pdf?abstr=1085323&mirid=1)>

LAW LIBRARY – AMERICAN LAW AND LEGAL INFORMATION. **Parens Patriae**. Disponível em <<http://law.jrank.org/pages/9014/Parens-Patriae.html>>.

LEITE, Eduardo Oliveira. **Direito civil aplicado, volume 5: direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 12, jan./fev.mar. 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Belo horizonte: Del Rey, 1996.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003.

MAFRA, Neuza. Criança e Adolescente. In RECH, D. *et al.* (Coord.). **Relatório Periódico sobre Direitos Humanos no Brasil 2**. Ano 2, n. 2. Rio de Janeiro: CERIS/Mauad X, 2007.

MELLO, Celso A. A criança no direito humanitário. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

OLIVEIRA, Basílio de. **Das medidas cautelares nas questões de família**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

PEREIRA, Tânia da Silva. Infância e adolescência: uma visão histórica de sua proteção social e jurídica no Brasil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direitos de família e do menor: inovações e tendências – doutrina e jurisprudência**. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

\_\_\_\_\_. O “melhor interesse da criança”. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família: a família na travessia do milênio**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

\_\_\_\_\_. **O Direito de Família e os Desafios do Novo Código Civil**. Disponível em <<http://www.mp.sp.gov.br/pls/portal/url/ITEM/10B61682A9D5065DE040A8C02701785E>>.

PETRY, Josiane Rose. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1999.

SERTÓRIO, Eduardo. A angústia dos juízes e a ética dos advogados. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família: a família na travessia do milênio**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SILVA, José Afonso da. Direitos humanos da criança. **Revista Igualdade**. Curitiba, vol. 10, n. 37, 2002.

SILVA, Enid Rocha Andrade da. O perfil da criança e do adolescente nos abrigos pesquisados. In: SILVA, Enid Rocha Andrade da (Coord.). **O direito à convivência familiar e comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil**. Brasília: IPEA/CONANDA, 2004.

SOUSA, Lourival de Jesus Serejo. A ética e as angústias do Juiz de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família: a família na travessia do milênio**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SOUZA, Marli Palma. **As estratégias dos serviços de proteção à criança e ao adolescente**. Revista Virtual Textos & Contextos. nº 3, ano III, dez. 2004.

Disponível em <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/viewFile/986/766>>.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de filhos**. São Paulo: LTR, 1998.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

UN DOCUMENTS COOPERATION CIRCLES. **Geneva Declaration of the Rights of the Child of 1924**. Disponível em <<http://www.un-documents.net/gdrc1924.htm>>.

UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA LAW SCHOOL. **Lord Mansfield**. Disponível em <<http://www.law.upenn.edu/about/history/medallions/mansfield/index.html>>.

\_\_\_\_\_. **William Tilghman**. Disponível em <<http://www.law.upenn.edu/about/history/medallions/tilghman/index.html>>.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. v. 6. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1999,

VIANA, Rui Geraldo Camargo. Evolução histórica da família brasileira. In: PEREIRA, Ricardo da Cunha (Coord.). **Direito de família: a família na travessia do milênio**. Belo Horizonte: IBDFAM, 1999.

VIEIRA, Henriqueta Scharf. Adoção - mitos da busca da perfeição nos relacionamentos. **Revista Igualdade**, Curitiba, ano 5, nº 16, jul/set. 1996.